



REVISTA JURÍDICA DA
**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO ACRE**

2ª EDIÇÃO JANEIRO DE 2020



NÚMERO

2

V.2 N.1
JAN 2020

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE

Acesso à Justiça e o papel da Defensoria Pública



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO ACRE**



CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS- CEJUR

Avenida Antônio da Rocha Viana, 3057 - Santa Quitéria - 2º andar

69918-700- Rio Branco, Acre

Tel.: (68) 3215-4185

cejur.dpe@gmail.com

Todos os direitos reservados ao Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Acre- CEJUR. Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
v.2 n.1 2020

DEFENSORA PÚBLICA-GERAL

Roberta de Paula Caminha Melo

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL

Simone Jaques de Azambuja Santiago

CORREGEDORA-GERAL

Fenísia Araújo da Mota

COORDENADORA DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS- CEJUR

Juliana Marques Cordeiro

OUVIDORA-GERAL

Solene Oliveira Costa

DIRETOR-GERAL

Bruno Norberto

EDITOR GRÁFICO

Luiz Felype Silveira de Oliveira de Souza

Giocondo Grotti Galileu Moura Brasil

COLABORAÇÃO

Felícia Lanay de Souza do Nascimento

FOTO DA CAPA

Giocondo Grotti Galileu Moura Brasil

SUMÁRIO

7 APRESENTAÇÃO

ARTIGOS CONVIDADOS

- 9 A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS
Gustavo Saldanha Gontijo Barbosa
- 17 A IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA NO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E DROGAS AFINS EM FACE DA LEI 11.343/06
Bruno Bispo de Freitas
- 23 TUTELA DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015
Celso Araújo Rodrigues
Fabiola Aguiar Rangel
- 39 DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Rodrigo Almeida Chaves
- 53 A FAMÍLIA MULTIPARENTAL E O ACESSO À JUSTIÇA NO ACRE
Rafael Figueiredo Pinto
- 61 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL
Vera Lúcia Bernardinelli
- 71 DIREITO PENAL E A PSICOPATIA
Paulo Michel São José
Tainan Portela Madeiro
- 81 A LEI 13.769/18 E SEUS REFLEXOS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA
Bruno José Vigato
- 87 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DE DIREITOS HUMANOS
Juliana Marques Cordeiro
Roberta de Paula Caminha Melo
- 101 TÓPICOS SOBRE A DEFESA NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO CURADORA ESPECIAL
Aryne Cunha do Nascimento
- 109 DIREITO E LITERATURA: UMA RELAÇÃO A SERVIÇO DA JUSTIÇA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL
Eufrásio Moraes de Freitas Neto
- 117 AS DIVERSAS FORMAS DE REPRESSÃO LEGISLATIVA VOLTADAS AO PRATICANTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER
André Espindola Moura
- 123 APLICAÇÕES PRÁTICAS DA REFORMA PSIQUIÁTRICA NAS MEDIDAS DE SEGURANÇA
Luis Gustavo Medeiros de Andrade

APRESENTAÇÃO

A Revista Jurídica é uma publicação digital do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Acre que tem por objetivo divulgar artigos técnicos-científicos produzidos por membros da instituição.

Divulgada periodicamente, a Revista Jurídica fomenta discussões sobre temáticas nas áreas de atuação da Defensoria Pública como: Direitos Humanos, Penal, Familiar, entre outros.

A Revista Jurídica é um passo importante para a efetivação da pesquisa no âmbito jurídico institucional. Esperamos que os textos publicados contribuam para a formação intelectual e a reflexão crítica dos operadores do Direito e demais leitores.

Os conceitos e afirmações contidos nos artigos são de inteira responsabilidade dos autores, assim como a(s) imagem(ns) inserida(s) nos artigos.

A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS



Gustavo Saldanha Gontijo Barbosa

RESUMO A Constituição Federal autorizou no artigo 37, inciso IX, uma exceção quanto à obrigatoriedade do concurso público consistente na contratação temporária de servidores, cuja seleção está condicionada à necessidade temporária e de excepcional interesse público, bem como haja prévia regulamentação por meio de lei. Justamente por ser uma exceção ao concurso público, as hipóteses de excepcionalidade e temporariedade a justificar esse regime de contratação devem ser interpretadas restritivamente. No entanto, o que se observa por parte de muitos entes federativos é um desmedido alargamento das hipóteses consideradas como de excepcional interesse público e também a prática de sucessivas prorrogações dos contratos “temporários”, o acaba configurando um nítido subterfúgio a obrigatoriedade do concurso público previsto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. Nesse contexto, procura-se analisar os requisitos para a mencionada contratação e os principais julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria.

Palavras-chave: Contrato temporário. Regime Jurídico Administrativo. Requisitos da contratação.

ABSTRACT The Federal Constitution authorized in article 37, clause IX, an exception regarding the obligation of public tendering consisting in the temporary hiring of civil servants, whose selection is conditioned to the temporary need and of exceptional public interest, as well as prior regulation by law. Precisely because it is an exception to the open procedure, the hypotheses of exceptionality and temporality justifying such a contractionary regime must be interpreted restrictively. However, what is observed by many federative entities is an excessive expansion of the hypotheses considered as of exceptional public interest and also the practice of successive extensions of the “temporary” contracts, the clear form of a subterfuge the obligation of the public tender envisaged Article 37, item II, of the Federal Constitution. In this context, we seek to analyze the requirements for such hiring and the main judgments of the Federal Supreme Court regarding the matter.

Keywords: Temporary contract. Administrative Legal Regime. Hiring Requirements.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 37, incisos I e II, a ampla acessibilidade dos cargos públicos e a exigência de que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público. Com isso, foi estabelecida a regra da obrigatoriedade do concurso público no intuito de impor a moralização da Administração Pública com adoção de um método isonômico de contratação a fim de selecionar os candidatos mais qualificados, evitando qualquer tipo de favorecimento pessoal.

Contudo, como exceção a tal regra, foi estabelecida no *artigo 37, inciso IX*, um regime jurídico especial de contratação de servidores temporários para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A finalidade dessa exceção ao concurso público é possibilitar um regime de contratação menos rigoroso e mais célere nas hipóteses em que a necessidade temporária e de excepcional não é compatível com o trâmite mais demorado do concurso público. Ademais, como a necessidade do serviço é efêmera, não haveria razão em realizar o provimento efetivo e manter os servidores por período superior ao recomendado.

Ocorre que, lamentavelmente, muitos entes federativos vêm utilizando esse regime jurídico especial de contratação em situações em que não há necessidade temporária e urgência, o que, por via oblíqua, acaba

por burlar a obrigatoriedade do concurso público, no que muitas das vezes encontram um aparente respaldo de legalidade com a adoção de legislação em que prevê de forma ampla e geral hipóteses de contratação de temporária.

Assim, busca-se no presente trabalho analisar os requisitos que legitimam a contratação temporária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria.

2 REGIME JURÍDICO ESPECIAL DOS SERVIDORES TEMPORÁRIOS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova ordem jurídica em harmonia com o modelo republicano e estabeleceu princípios de vetores axiológicos a serem aplicados na gestão da coisa pública.

Nesse ponto, foi estabelecido, em seu art. 37, incisos I e II, a ampla acessibilidade dos cargos públicos e a exigência de que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Com isso, a garantia de acesso ao serviço público foi estabelecida como um direito fundamental do cidadão e imposta a regra da obrigatoriedade do concurso público no intuito de impor a moralização da Administração Pública com adoção de um método isonômico de contratação a fim de selecionar os candidatos mais qualificados, evitando qualquer tipo de favorecimento pessoal.

Como exceção à regra da obrigatoriedade do concurso público, foi estabelecido no artigo 37, inciso IX, da Lei maior, um regime jurídico especial de contratação de servidores temporários para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme transcrição do “Art. 37, IX, - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.”

A finalidade dessa exceção ao concurso público é possibilitar um regime de contratação menos rigoroso e mais célere nas hipóteses em que a necessidade temporária e de excepcional não é compatível com o trâmite mais demorado do concurso público. Ademais, como a necessidade do serviço é efêmera, não haveria razão em realizar o provimento efetivo e manter os servidores por período superior ao recomendado em estado de ociosidade.

Os servidores temporários contratados sob o regime do art. 37, IX, não são vinculados a um cargo ou emprego público, exercendo apenas uma função administrativa temporária. Conforme ensina Dirley da Cunha Júnior (p. 244):

Os servidores temporários não tularizam cargos nem ocupam empregos públicos. Desempenham, apenas, função temporária (que é uma função autônoma, por não estar vinculada a cargo ou emprego) para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público). Podem existir tanto na Administração Direta como Indireta dos três Poderes.

Como é um regime administrativo especial, compete à Justiça Comum processar e julgar causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores submetidos a regime especial disciplinado por lei local. (STF. 2ª Turma. AI 784188 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 10/05/2011).

Assim, não há relação contratual sujeita à legislação trabalhista, conforme consignou o Ministro Cezar Peluso, no julgamento da Recl. 5.381-4/AM de forma enfática asseverou o seguinte:

(...) não há possibilidade, na relação jurídica entre servidor e o Poder Público, seja ele permanente ou temporário, de ser regido senão pela legislação administrativa. Chama-se isso relação estatutária, jurídico-administrativa, ou outro nome qualquer, o certo é que não há relação contratual sujeita à CLT.

A contratação ocorre sem a realização de prévio concurso público. A lei de cada ente que deve prevê os critérios e exigências a serem observados pelo administrador no processo contratação. Normalmente, utiliza-se um processo seletivo simplificado no intuito de que seja compatibilizada a necessidade de um procedimento mais célere sem perder de vista a impessoalidade no recrutamento a fim de evitar favorecimentos. Contudo, não raro se observa a existência de tais processos seletivos com elementos muito subjetivos, tais como análise curricular e até mesmo entrevista pessoal com os candidatos, o que certamente pode propiciar favorecimentos.

Em nível federal, a Lei n.º 8.745/93 que dispõe a respeito das situações e requisitos para a contratação temporária, dispondo o seu artigo 2º as situações autorizadas para a contratação, tais como: assistência a situações de calamidade pública; assistência a emergências em saúde pública; realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE .

No entanto, há situações em que o próprio processo seletivo simplificado é dispensado, conforme autoriza o §1º do art. 3º da Lei 8.745/1993 nas hipóteses de necessidade decorrente de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde.

3 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA CONTRAÇÃO TEMPORÁRIA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme se depreende do texto constitucional, apontam-se os seguintes requisitos para esse regime de contratação: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.

O primeiro requisito é a previsão legal que especifique os casos em que está autorizada a contratação temporária. O art. 37, IX, da Constituição apresenta-se como uma norma constitucional de eficácia limitada, logo, cabe à cada ente federativo a elaboração da sua respectiva legislação em que estabeleça as hipóteses excepcionais desse regime de contratação.

O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento firmado no sentido de que o legislador tem o ônus de especificar em cada caso as situações de excepcionalidade que justificam a contratação temporária.

O Colegiado reputou que o art. 37, IX, da CF exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de necessidade temporária de excepcional interesse público que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada circunstância, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica. Nesse sentido, nas demais hipóteses descritas na lei complementar, trata-se de ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparecimento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergencialidade está suficientemente demonstrada. O mesmo não se pode dizer, contudo, da situação prevista na alínea “f” do art. 3º, que padece de generalidade manifesta, e cuja de-

claração de inconstitucionalidade se impõe. Além disso, os projetos educacionais previstos no parágrafo único do art. 3º da LC 22/2000 correspondem a objetivos corriqueiros das políticas públicas de educação praticadas no território nacional. Diante da continuada imprescindibilidade de ações desse tipo, não podem elas ficar à mercê de projetos de governo casuísticos, implementados por meio de contratos episódicos, sobretudo quando a lei não tratara de designar qualquer contingência especial a ser atendida. Por fim, o Tribunal, por decisão majoritária, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava totalmente procedente o pedido formulado. Entendia que as hipóteses da lei complementar seriam corriqueiras e não dotadas de emergencialidade. Ademais, não admitia a modulação. (Infomativo 829, ADI 3721/CE, rel. Min. Teori Zavascki, 9.6.2016.)

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional lei que prevê hipóteses genéricas de contratação temporária, no qual a necessidade do serviço é ordinária e corriqueira.

O segundo requisito é que a contratação seja feita por prazo certo e determinado. Tal requisito decorre da própria denominação, pois tem por escopo atender a uma necessidade efêmera de excepcional interesse público, cabendo à lei estabelecer os prazos máximos de duração. A Constituição Federal não fixou nenhum prazo específico, logo, cabe à lei correspondente fixar os prazos máximos de duração de acordo com as peculiaridades de cada tipo de situação. No entanto, obviamente que os prazos fixados devem obedecer ao princípio da razoabilidade a fim de não fixar prazos exageradamente longos. O lapso temporal deve ser suficiente para ao mesmo tempo resguardar o atendimento ao interesse público excepcional emergente e prestigiar a regra geral da investidura por concurso público.

Nesse ponto, é imperioso dispersa atenção à prática de alguns entes federativos de prorrogar de forma sucessiva e indefinida os contratos, de modo a torná-los verdadeiros contratos permanentes para assim burlar a obrigatoriedade do concurso público.

A respeito do regime da contratação do regime especial dos servidores temporários, bem adverte José dos Santos Carvalho Filho (pp. 655/656):

Lamentavelmente, a contratação pelo regime especial, em certas situações, tem servido mais a interesses pessoais do que ao interesse administrativo. Por intermédio desse regime, têm ocorrido contratações “temporárias” com inúmeras prorrogações, o que as torna verdadeiramente permanentes. Ocorre também que a Administração realiza concurso para investidura legítima em regime estatutário ou trabalhista e, ao invés de nomear ou contratar os aprovados, contrata terceiros para as mesma funções. Trata-se de condutas que refletem desvio de finalidade e que merecem invalidação em face dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Pode até mesmo concluir-se que semelhantes distorções ofendem o princípio da valorização do trabalho humano, previsto na art. 170, caput, da Carta vigente, até porque têm sido desprezados alguns dos direitos fundamentais dos servidores.

Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem assinalado serem inconstitucionais leis que permite a perpetuação indeterminada das contratações realizadas com fundamento no art. 37, IX, da CF (ADI 890, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 06/02/2004).

O terceiro requisito é a necessidade temporária de interesse público, de modo que somente pode ser utilizado para atender as necessidades transitórias do serviço público, como, por exemplo, a contratação de profissionais para realizar um censo pelo IBGE. Caso a necessidade do serviço público seja permanente, estável e ordinária, em regra, cabe ao ente federativo realizar o provimento efetivo dos cargos.

O quarto requisito é a excepcionalidade da contratação. Sendo a regra, a realização do processo de con-

tratação por meio da realização de concurso público para provimento efetivo de cargos, a contratação temporária deve ser utilizada como exceção e de forma restritiva.

Quanto aos dois últimos requisitos, insta frisar que o Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, possuía o entendimento que somente poderia ser objeto de contratação temporária aqueles serviços públicos não fossem atividades de natureza permanente. Assim, atividades como nas áreas saúde e educação deviriam ser exercidas somente por servidores concursados. (Adin 890, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Posteriormente, com o julgamento da ADI 3068, houve uma mudança de atendimento no sentido de que a natureza da atividade a ser desempenhada, permanente ou eventual, não é o fator determinante para definir se é possível ou não a contratação de servidor com base no art. 37, IX, da CF/88. O que determinada a legalidade do regime de contratação temporária é que haja uma necessidade temporária e de excepcional interesse público. (ADI 3068, Rel. p/ Ac. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2004).

Desse modo, por exemplo, uma lei que prevê a contratação temporária de profissionais da área da saúde em razão de surto de doença que aumente temporariamente a demanda desses profissionais seria considerada constitucional. Do contrário, caso a lei autorizasse a contratação temporária desses profissionais para realizar o atendimento de rotina em um posto de saúde havendo aprovados em concurso público, não haveria excepcionalidade a justificar a contratação.

Utilizando o mesmo exemplo acima, caso não houvesse aprovados em concurso público, o Supremo Tribunal Federal, apesar de certa controvérsia doutrinária, considera lícita a contratação temporária tão somente pelo prazo indispensável para a realização do concurso público, estipulando como razoável o prazo de 12 meses. Também seria constitucional a contratação com fundamento no inciso IX do art. 37 da Constituição para suprir a necessidade decorrente do afastamento temporário do ocupante do cargo efetivo até o seu retorno.

Nesse sentido:

EMENTA: 1) A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público.

2) O concurso público, posto revelar critério democrático para a escolha dos melhores a desempenharem atribuições para o Estado, na visão anglo-saxônica do merit system, já integrava a Constituição Imperial de 1824 e deve ser persistentemente prestigiado.

3) Deveras, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária.

4) A contratação temporária, consoante entendimento desta Corte, unicamente poderá ter lugar quando: 1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público.

5) In casu, o Plenário desta Corte entendeu a inconstitucionalidade detoda a Lei nº 4.599 do Estado do Rio de Janeiro que disciplina a contratação temporária, dado o seu caráter genérico diante da ausência de uma delimitação precisa das hipóteses de necessidade de contratação temporária. Restou ressalvada a posição vencida do relator, no sentido de

que apenas o art. 3º da norma objurgada conteria preceito inconstitucional, posto dúbio e dotado de trecho capaz de originar uma compreensão imprecisa, inválida e demasiado genérica, no sentido de que a própria norma por si só estaria criando os cargos necessários à realização da atividade, o que é juridicamente inviável, uma vez que referida pro-

vidência dependeria de lei específica a ser aprovada diante de uma superveniente necessidade, nos termos do que previsto no art. 61, §1º, II, alínea “a”, da Constituição da República.

6) É inconstitucional a lei que, de forma vaga, admite a contratação temporária para as atividades de educação pública, saúde pública, sistema penitenciário e assistência à infância e à adolescência, sem que haja demonstração da necessidade temporária subjacente.

*7) A realização de contratação temporária pela Administração Pública nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, *verbi gratia*, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne. Contudo, a contratação destinada a suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo há de durar apenas o tempo necessário para a realização do próximo concurso público, ressoando como razoável o prazo de 12 meses.*

*8) A hermenêutica consequencialista indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos *ex tunc* faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de qualquer tipo de contratação temporária, o que carregaria um *periculum in mora* inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade – razoabilidade.*

9) Ex positis, e ressalvada a posição do relator, julgou-se procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.599, de 27 de setembro de 2005.

10) Reconhecida a necessidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data desta sessão (28/05/2014), improrrogáveis após 12 (doze) meses a partir do termo a quo acima.

(ADI 3649/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 28.5.2014, original sem grifos).

Conforme se observa do julgado, mesmo quando declara a inconstitucionalidade da lei, em razão do princípio da continuidade do serviço público e para que não haja um agravamento da situação de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal costuma modular os efeitos da decisão, no intuito de possibilitar à Administração Pública tempo hábil para a deflagração de concurso público para o provimento efetivo dos cargos.

Dessa forma, o que determina a viabilidade da contratação temporária não é a natureza em si da atividade exercida, mas sim que a necessidade da realização de contratação seja temporária, devendo ser analisada as peculiaridades de cada caso concreto para aferir a legalidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contratação temporária para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista constitucionalmente no art. 37, IX, constitui exceção à obrigatoriedade do concurso público, razão pela qual deve ser interpretada restritivamente as situações autorizadoras e respeitado os requisitos da necessidade temporária e do interesse público excepcional expressos na Constituição Federal.

A não observância desses requisitos é causa de declaração de inconstitucionalidade da lei autorizadora das contratações temporárias. Assim, o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional a lei que preconiza hipóteses demasiada genéricas de contratação por excepcional interesse público ou que permite a perpetuação indeterminada das contratações realizadas a esse título.

Dessa forma, apesar do constituinte ter delegado ao legislador de cada ente federativo a incumbência de normatizar a contratação temporária para dispor a respeito das hipóteses permissivas para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, este não pode se afastar dos limites impostos na Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 20ª ed. São Paulo, Atlas, 2007.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley . **Curso de Direito Administrativo**, 10ª ed. Salvador, JusPodivm, 2011.

MOTTA, Fabrício Macedo. **Comentário ao artigo 37**, IX. 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

A IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA NO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E DROGAS AFINS EM FACE DA LEI 11.343/06



Bruno Bispo de Freitas

RESUMO O presente artigo irá analisar a (im)possibilidade da prisão temporária no delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins em face das Leis 11.343/06 e 7.960/89, sob o prisma dos seus pressupostos, bem como se tal modalidade de prisão constitui analogia *in malam partem*.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Prisão temporária. Analogia *in malam partem*.

ABSTRACT This article will analyze the (im)possibility of temporary imprisonment in the crime of illicit trafficking in narcotics and related drugs in the light of Laws 11.343/06 and 7.960/89, from the perspective of their assumptions, as well as if such modality of prison is analogy in malam depart.

Keywords: Drug trafficking. Temporary arrest. Analogy in malam depart.

INTRODUÇÃO

É imperioso destacar, logo no início, a diferença entre os modos de interpretação restritiva, extensiva, analógica e a forma de integração da lei conhecida como analogia. Isso tudo para que se possa verificar qual das modalidades de interpretação ou de integração deverá ser utilizada pelas Leis 11.343/06 e 7.960/89. Em outro momento, analisar-se-á a prisão temporária, os pressupostos para a sua decretação, os seus prazos nos diferentes crimes e as suas hipóteses de cabimento dentro do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

A partir dessas premissas, serão analisadas as circunstâncias e os motivos da impossibilidade e inconstitucionalidade da prisão temporária no crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins em decorrência da Lei Antitóxicos n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Dessa forma, qualquer decisão em sentido contrário constitui um ato de abuso de autoridade por notória violação aos princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, entre outros. Ademais, pensar de forma diversa é admitir a analogia *in malam partem* no hodierno Direito Penal brasileiro.

2 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA, EXTENSIVA, ANALÓGICA E A ANALOGIA

A interpretação da lei pode ocorrer quanto ao sujeito, meio ou resultado. No que tange a este último, a interpretação poderá ser extensiva ou restritiva. Assim, a lei poderá padecer do vício de excesso ou do defeito, ou seja, em alguns casos, a lei vai dizer mais do que pretendia (*plus dixit quam voluit*), em outros, dirá menos do que queria (*minus dixit quam voluit*). Diante disso, cabe ao intérprete aplicar a lei sem os seus vícios aos casos concretos.

Quando a lei diz mais do que queria dizer, o seu intérprete deve aplicar o menor alcance possível. Dessa maneira, há uma interpretação restritiva, pois vai haver uma restrição quanto a real extensão da norma. Como exemplo, cita-se o inciso II do artigo 28, do Estatuto Substancial Penal Brasileiro que trata tanto da embriaguez voluntária quanto da culposa. Assim, apesar de mencionar estas modalidades de embriaguezes, o dispositivo em tela não se referiu à embriaguez patológica que está prevista no caput do artigo 26 do mesmo diploma legal.

Em outros casos, se a lei disser menos do que pretendia dizer, deve-se ampliar o seu sentido/alcance, ou seja, deverá ser feita uma interpretação extensiva. Como ocorre, por exemplo, com o crime de bigamia, pre-

visto no artigo 235 do Código Penal Brasileiro, pois o legislador quando incriminou tal delito também procurou vedar de forma implícita a poligamia. Dessa maneira, se existe uma norma penal incriminadora proibindo a bigamia não é necessário outra para coibir a poligamia.

No que tange a interpretação analógica, a primeira observação que deve ser feita é que não se pode confundir a analogia, pois enquanto esta última é forma de integração, aquela é um método de interpretação. Ademais, a interpretação analógica só irá ocorrer por mandamento expresso da lei. Como exemplo, pode-se citar o artigo 121, § 2º, III, do Estatuto Penal pátrio que traz uma modalidade qualificada de homicídio se for cometido “[...] com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”.

Diante da leitura feita acima, é fácil constatar que existe uma grande similitude da interpretação analógica com a interpretação extensiva, pois esta última amplia o âmbito de atuação da lei com o escopo de abarcar situações não mencionadas expressamente pela própria lei, mas que deveriam ser previstas. A diferença basilar é que a lei em seu texto normativo estabelece os casos em que a interpretação analógica irá ocorrer, pois a vontade do legislador é alcançar casos semelhantes àqueles regulados pela norma penal incriminadora.

O artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, alude que se “[...] a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Desta forma, mesmo que não exista uma norma expressa regulando determinada situação, o magistrado não poderá se omitir e deverá suprir a lacuna legal por meio da analogia.

O importante é que se perceba que é defeso a analogia para prejudicar o réu em decorrência do princípio da legalidade. Sendo assim, pode-se analisar a analogia em Direito Penal sob duas perspectivas: a analogia *in bonam partem* e a analogia *in malam partem*.

A analogia *in bonam partem* é admitida no moderno ordenamento jurídico penal constitucional brasileiro, pois é benéfica ao próprio agente. Em sentido contrário, a analogia *in malam partem* prejudica o réu e por conta disso é terminantemente proibida em um Estado Democrático de Direito.

Por fim, é importante salientar que quando uma regra restringe direitos não se admite interpretação extensiva e nem analógica e quiçá analogia. A única modalidade de interpretação admitida é a restritiva, pois não se pode ampliar em nenhuma hipótese o alcance de uma norma que tem o escopo de prejudicar o réu. É o que acontece, por exemplo, com a Lei de prisão temporária ao estabelecer diversos crimes em que tal modalidade de prisão cautelar será admitida. Assim, só nestas hipóteses é que poderá ocorrer a decretação da prisão temporária.

Sendo assim, no caso citado acima a única interpretação viável e permitida no hodierno sistema penal pátrio em consonância com a Carta Constituição Brasileira é a restritiva, pois tal norma (Lei 7.960/89) estabelece restrições às garantias individuais dos cidadãos, sobretudo à liberdade de locomoção.

3 A PRISÃO TEMPORÁRIA, SUA DECRETAÇÃO E O SEU PRAZO LEGAL

A prisão temporária não está prevista no Código de Processo Penal e, sim, na Lei 7.960/89, responsável pela sua instituição no ordenamento jurídico penal brasileiro com o fito de eliminar a prisão para averiguação presente à época ditatorial. Esta modalidade de prisão é medida de caráter cautelar cabível tão somente no inquérito policial, podendo ser decretada pelo magistrado apenas por meio de despacho fundamentado, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contados a partir do recebimento do pedido da autoridade policial competente através da representação ou por meio de requerimento ofertado pelo representante do Ministério Público nos crimes de ação penal pública. Assim, nem mesmo o juiz de ofício poderá decretá-la.

O prazo desta medida de caráter excepcional é de até 5 (cinco) dias, podendo ser prorrogável por uma única vez, por igual período, mas desde que se comprove a sua real necessidade. Contudo, nos crimes hediondos, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na prática da tortura e no terrorismo, o prazo passa a ser de até 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogável por igual período se necessário.

Colaborando com o exposto acima, o artigo 2º, da Lei de prisão temporária, alude que ela será “[...]”

decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. O § 3º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, aduz que a prisão temporária nos crimes previstos na Lei 7.960/89 somados aos delitos hediondos, estabelecidos no artigo 1º, da Lei 8.072/90, ao terrorismo, a prática de tortura e ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, “[...] terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO TEMPORÁRIA PELA LEI 7.960/89

Em decorrência de ser uma medida de caráter cautelar, a prisão temporária depende para a sua configuração do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. O *periculum in mora* está presente nos incisos I e II, do artigo 1º, da Lei 7.960/89. No inciso I, existirá tal medida cautelar de natureza excepcional “[...] quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”, pois sem essa medida o inquérito não poderá ser concluído nos diversos prazos legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Já no inciso II, terá lugar a prisão temporária “[...] quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”, pois o simples fato do indiciado não possuir uma identificação ou então residência fixa pode dificultar as investigações da polícia judiciária em possíveis diligências realizadas na fase inquisitorial.

O *fumus boni juris* é representado pelo inciso III, da Lei de prisão temporária, ao estabelecer uma possível autoria ou participação do indiciado nos seguintes delitos:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Neste aspecto, a legislação é taxativa, uma vez que, além de aludir em qual crime é possível a decretação da prisão temporária, também indica o artigo e a respectiva lei. Faz mister salientar que a alínea h, do artigo citado acima está expressamente derogada (revogação parcial), pois a lei 11.106/05 retirou o rapto violento do sistema jurídico penal brasileiro. No que tange à alínea n, do mesmo dispositivo legal, que traz o crime de tráfico de drogas e, ainda a lei de prisão temporária não deixa de mencionar o artigo e a lei a que está se referindo (artigo 12 da Lei 6.368/76), conforme já foi dito, é notório constatar a sua derrogação tácita pela Lei 11.343/06 que revogou as Leis 6.368/76 e 10.409/02.

Por fim, cumpre ressaltar que, por previsão expressa da Lei de prisão temporária, está vedada tal modalidade de prisão cautelar para as contravenções penais e para os crimes culposos, pois todos os delitos previstos em lei estão estabelecidos na modalidade dolosa.

Ante o exposto, para se decretar a prisão temporária devem estar presentes o inciso I ou II, ou ambos, cumulado com o inciso III, todos do artigo 1º, da Lei 7.960/89, perfazendo, assim, os requisitos de qualquer

medida cautelar que são: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. A Lei 11.343/06, no que tange ao tráfico de drogas retirou o *fumus boni juris* da medida cautelar, daí o motivo da impossibilidade de sua decretação.

5 A IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA NO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E DROGAS AFINS

Por inúmeros argumentos, a prisão temporária é entendida, por parte da doutrina, como inconstitucional, mas, com a entrada em vigor da Lei 11.343/06, no caso do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, tornou-se ilegal, ilegítima, desproporcional, desnecessária e arbitrária.

Assim sendo, apesar de parcela significativa da doutrina julgar tal medida de natureza cautelar e caráter excepcional inconstitucional, ela ainda continua a existir no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, não mais nas 14 (quatorze) hipóteses estabelecidas pelo inciso III, do artigo 1º, da Lei 7.960/89, mas somente em 12 (doze) modalidades, pois o delito de rapto violento foi retirado do ordenamento jurídico nacional pela Lei 11.106/05 e o tráfico de drogas passou a ser regido pelo artigo 33 da Lei 11.343/06 e não mais pelo artigo 12 da Lei 6.368/76.

Cumpra analisar os argumentos que a doutrina utiliza para assegurar a inconstitucionalidade de tal medida cautelar, pois assim poderão ser cumulados tais argumentos com os trazidos pela Lei 11.343/06, fulminando, dessa forma, a prisão temporária em caso de tráfico de drogas.

O primeiro argumento utilizado em favor da inconstitucionalidade de tal medida excepcional é que a sua criação se deu por meio da Medida Provisória nº. 111, ou seja, o Poder Executivo, por meio de Medida Provisória, legislou sobre Direito Penal e Processual Penal, matéria que é de competência exclusiva da União e, portanto, deveria ter sido criada pelo Congresso Nacional.

O Direito Penal é matéria adstrita à União que legisla através de lei ordinária, pois o artigo 62, §1º, b, da Carta Magna, proíbe a edição de medidas provisórias atinentes à matéria criminal, estabelecendo que “[...] é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal.” Todavia, o Estado, através de diversos outros atos legislativos pode legislar sobre matéria penal, desde que não estabeleça os preceitos primário e secundário atinentes à norma penal incriminadora e somente se a medida estabelecida for favorável ao agente. É o que acontece, por exemplo, com a comutação de penas e com o indulto que são da competência do chefe do Poder Executivo Federal por meio de decreto.

Paulo Rangel, colaborando com o que foi dito acima, entende que a Lei 7.960/89 traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei.

Outro argumento em desfavor da prisão temporária está ligado ao princípio da presunção de inocência, pois é inadmissível que o Estado prenda um indivíduo para depois realizar as investigações, conforme entende Tourinho Filho.

Por fim, também será revestida de inconstitucionalidade a prisão temporária quando não possua a existência cumulativa do *fumus boni juris* (prevista no inciso III, do artigo 1º, da Lei 7.960/89) e do *periculum in mora* (incisos I e/ou II do artigo 1º, da Lei de Prisão Temporária). É por falta do *fumus boni juris* que a prisão temporária, no caso de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins está prejudicada no hodierno Direito Penal brasileiro.

Diante do exposto, após analisar os principais argumentos contrários à prisão temporária, cumpre verificar a impossibilidade da sua decretação no delito tráfico de drogas. A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, entrou em vigor no ordenamento jurídico nacional com o objetivo principal de retirar o usuário de substância entorpecente como problema de segurança pública e colocá-lo como uma questão de saúde pública. Ademais, ela tenta modificar o tratamento que é dado ao dependente de entorpecente, pois não se pode equiparar o usuário com outros indivíduos de maior periculosidade, tais como os traficantes.

No caput do artigo 28 da respectiva lei e nos seus incisos I, II e III, existe a previsão de que a pessoa encontrada com uma substância entorpecente para consumo próprio deverá se submeter a uma medida de conteúdo educativo, advertência sobre as consequências das drogas ou prestar serviços comunitários. Percebe-se que há uma suposta saída da esfera penal tradicional. A solução gira em torno de medidas socio-educativas de cunho terapêutico e adstrita a outros ramos do Direito.

Contudo, para assegurar o “[...]” cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos

I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa.” É o que afirma o artigo 28, §6º, da referida Lei.

Assim, é fácil constatar que qualquer descumprimento relacionado a tais medidas não possuirá o condão de privar o indivíduo usuário de substância entorpecente da sua liberdade. Tudo isso em decorrência do princípio da alteridade, pois ninguém poderá ser punido por praticar mal a si mesmo. O correto é que o usuário não fosse submetido a nenhuma modalidade de pena. Muito embora esta lei seja mais benéfica ao usuário que as anteriores, o legislador penal brasileiro perdeu uma boa oportunidade de descriminalizar a questão do consumo pessoal de substâncias ilícitas.

Ademais, esta lei não possui nenhuma incidência prática em relação aos usuários de drogas. Pode-se citar o exemplo de um dependente de substância ilícita que se recuse a cumprir as exigências previstas nos incisos II e III, do artigo 28, da Lei 11.343/2006. O que o magistrado poderá fazer? Duas possibilidades sucessivas: fazer uma advertência solene pelo não cumprimento das medidas estabelecidas nos respectivos incisos e, por fim, estabelecer uma multa.

A grande questão reside na seguinte pergunta: será que a finalidade do Direito Penal é estabelecer multas? A resposta negativa se impõe, pois para estes casos existem outros ramos do direito, tais como: o Direito Civil, o Direito Administrativo, entre outros.

Esta lei é revestida de muitas outras incongruências, pois pode-se citar que devido à maior parte dos tipos penais previstos na Lei de Tóxicos serem formados por normas penais em branco, terão que ser complementados pela Resolução RDC n. 26, de 15 de fevereiro de 2005, a qual atualizou a Portaria n. 344/98. Entretanto, o legislador pátrio esqueceu dessa atualização e no artigo 66, da Lei 11.343/06, passou a fazer menção somente a Portaria 344, de 12 de maio de 1998, esquecendo a sua respectiva atualização.

Dessa forma, percebe-se que em muitos aspectos a atual Lei de Tóxicos é falha. Bastaria que o legislador tivesse previsto o prazo de forma expressa da prisão temporária na Lei 11.343/06 para que ela efetivamente ocorresse. Enquanto isso não acontece, qualquer prisão temporária, no caso de tráfico de drogas, será ilegal, pois, em Direito Penal, não é admitida a analogia *in malam partem*, uma vez que a Lei de prisão temporária faz menção de forma expressa ao artigo 12 da Lei 6.368/76 e não ao artigo 33 da Lei 11.343/06.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é fácil extrair as seguintes conclusões sobre o tema abordado:

I – Quando uma norma penal incriminadora restringir direitos não se admite interpretação extensiva, nem analógica e quiçá analogia. A maneira mais viável de se interpretar tais normas é por meio da interpretação restritiva;

II – A prisão temporária apesar de inúmeras manifestações doutrinárias pela sua inconstitucionalidade continua a existir no sistema normativo brasileiro, porém tal medida cautelar de natureza excepcional não poderá ocorrer em face do tráfico de drogas, pois a Lei 7.960/89 é taxativa ao elencar entre os delitos autorizadores de tal medida o artigo 12, da Lei 6.368/76 e não o artigo 33, da Lei 11.343/06. Dessa forma, como em Direito Penal não é admitida a analogia *in malam partem*, resta a impossibilidade da aplicação desta modalidade de prisão cautelar, uma vez que foi retirado o *fumus boni juris* do inciso III, do artigo 1º, da Lei de prisão temporária no que tange ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Unb, 1982.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal – Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1991, v.I.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral – Volume I. 6.ed.** Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.
- LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sete Mares Editora, 1991.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 1990.
- _____. **Manual de Direito Penal – Parte geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal – Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro, Lúmen – Juris, 2003.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1991
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 1º volume, 25º ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Processo penal**. 3º volume, 25º ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.
- ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUTELA DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015



Celso Araújo Rodrigues
Fabíola Aguiar Rangel

RESUMO O objetivo do presente artigo é refletir sobre os institutos jurídicos da tutela de urgência e tutela de evidência, na perspectiva do Código de Processo Civil de 2015. Historicamente, a morosidade marca a Justiça brasileira, de maneira geral. Nesse sentido, a discussão sobre as tutelas de urgência e evidência é fundamental para qualquer instância da sociedade brasileira, uma vez que, tanto a sociedade civil quanto os atores envolvidos no processo civil, desejam uma resposta mais efetiva do Judiciário. Nesse sentido, busca analisar as inovações trazidas pela nova legislação processual, a partir da exposição do entendimento da literatura jurídica acerca da natureza dos institutos, suas principais características e seus impactos no processo civil. Por se tratar de uma temática recente, no ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho também fará análise de decisões judiciais acerca da temática. Do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que realiza uma revisão da literatura sobre o tema. Verificou-se que a tutela de evidência é uma técnica processual utilizada para obtenção, por meio de provas incontestáveis, dos efeitos do resultado futuro da sentença quando as circunstâncias evidenciam alta probabilidade de existência do direito. A tutela de urgência baseia-se nos resultados pretendidos, podendo ser tutela cautelar, quando não-satisfativa, e tutela antecipada, quando satisfativa. Os principais resultados obtidos pela presente pesquisa indicam melhorias na dinâmica do Processo Civil brasileiro a partir do tratamento conferido pelo CPC de 2015 aos institutos.

Palavras-chave: Tutela de Urgência. Tutela de Evidência. Processo Civil.

ABSTRACT The objective of this article is to reflect on the legal institutes of the protection of urgency and guardianship of evidence, from the perspective of the Code of Civil Procedure of 2015. Historically, delays mark the Brazilian Justice in general. In this sense, the discussion about the safeguards of urgency and evidence is fundamental for any instance of Brazilian society, since both civil society and the actors involved in the civil process want a more effective response from the Judiciary. In this sense, it seeks to analyze the innovations brought by the new procedural legislation, based on the understanding of the legal literature on the nature of the institutes, their main characteristics and their impact on the civil process. Because this is a recent issue in the Brazilian legal system, this paper will also analyze judicial decisions on the subject. From the methodological point of view, this is a bibliographical research, which carries out a review of the literature on the subject. It was verified that evidence protection is a procedural technique used to obtain, by means of incontestable evidence, the effects of the future result of the sentence when the circumstances show a high probability of existence of the right. Emergency care is based on the intended results, which may be precautionary, if not satisfactory, protection and early protection, when satisfactory. The main results obtained by the present research indicate improvements in the dynamics of the Brazilian Civil Procedure from the treatment conferred by the CPC of 2015 to the institutes.

Keywords: Guardianship of urgency. Evidence Guardianship. Civil lawsuit.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a tutela de urgência e a tutela de evidência, à luz do Código de Proces-

so Civil de 2015. Busca analisar, nas perspectivas da legislação, da literatura jurídica e da jurisprudência, as principais características dos institutos, seus impactos na dinâmica do processo civil brasileiro e as suas contribuições para um processo civil mais alinhado com os princípios constitucionais.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que a análise da legislação processual será realizada sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Como legislação infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015 foi construído na esteira dos diversos princípios elencados na Constituição Brasileira, o que reflete o impacto da norma constitucional como referencial normativo no país.

Diante do exposto, indaga-se: quais as principais características dos institutos da tutela de urgência e tutela de evidência?

O estudo é particularmente relevante, em razão do fato de que a tutela de urgência e a tutela de evidência buscam conferir mais celeridade ao curso processual, algo desejável pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015, pelos tribunais e, sobretudo, pelos jurisdicionados.

Trata-se de um Código que busca, através das suas determinações legais, desenvolver um processo mais célere e, verdadeiramente, focado na resolução efetiva dos conflitos. Nesse sentido, entre o apego à morosidade e à burocracia, e o apego à resolução célere e efetiva dos processos, o atual Código de Processo Civil-CPC opta, acertadamente, pelo segundo.

Nessa perspectiva, o objetivo do presente estudo é investigar como os institutos da tutela da urgência e da tutela de evidência se inserem no novo contexto do processo civil brasileiro, após a entrada em vigor do CPC-2015.

O presente artigo pretende alcançar os seus objetivos a partir da pesquisa bibliográfica, como recurso metodológico. Nesse sentido, realizou-se uma revisão da literatura a partir de livros, artigos, materiais publicados em repositórios acadêmicos, o Código de Processo Civil de 2015 e decisões jurisprudenciais.

2 VISÃO GERAL DA TUTELA PROVISÓRIA

Conforme leciona Zavascki (2009), a palavra tutelar, proveniente do latim, pode ter o significado de proteger, amparar, defender e assistir. É decorrente desse sentido que a palavra tutela é aplicada na linguagem jurídica, nos termos tutela jurídica e tutela jurisdicional.

Segundo Destefenni (2013), o termo tutela jurisdicional tem seu preceito na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, a qual garante a apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Ainda, esclarece que a tutela jurisdicional é a proteção proveniente dos órgãos jurisdicionais as situações garantidas pela CF, ou seja, quando ocorrer lesão ou ameaça de direito, devendo ocorrer de forma efetiva a fim de salvaguardar o direito tutelado.

É função do Estado-Juiz prestar a tutela jurisdicional de forma devida e eficiente. A tutela jurisdicional caracteriza (DIDIER JÚNIOR, 2015), o Estado chama a si “o compromisso de apreciar, e se for o caso, dispensar a proteção devida, a toda e qualquer ‘lesão ou ameaça a direito’” (ZAVASCKI, 2009, p. 17).

Essa tutela jurisdicional dos direitos individuais proporcionada pelo Estado-Juiz pode tanto ser de cunho provisório ou definitivo. Ainda que este capítulo seja dedicado à tutela provisória, é necessário o completo entendimento da tutela definitiva, tendo em vista que a primeira é proveniente da segunda, tendo como diferença somente a cognição utilizada no momento de sua análise (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

A referida tutela definitiva se diferencia da tutela provisória por ser obtida em cognição exauriente e ainda, pelo seu caráter de definitividade (ZAVASCKI, 2009). Sua sentença somente é prolatada após “profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 575). Desse modo, por considerar principalmente a certeza no momento da decisão, é que possui a qualidade de definitiva.

A tutela definitiva, ou tutela-padrão, em relação à sua sentença pode ter caráter autossuficiente ou não autossuficiente. A primeira tem qualidade de satisfazer a lide por conta de sua sentença certificar o direito demandado e garantir “o jurisdicionado sem precisar interferir na esfera jurídica do réu ou modificar de maneira forçada a realidade dos fatos” (MARINONI, 2006, p. 116). Adequam-se a esta categoria as sentenças de-

claratória e constitutiva. Por outro lado, a tutela não autossuficiente possui essa característica, pois somente efetiva o direito requerido, obrigando o réu a modificar sua esfera jurídica a fim de suprir a demanda. Essa espécie de tutela engloba as demandas com sentenças executiva, mandamental e condenatória. (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Todavia, ainda que deva se respeitar o devido processo legal, atingindo um resultado imutável ao processo e dotado de segurança jurídica, é necessário evitar qualquer possível dano ou agravamento da lesão já causada à parte, resguardando o princípio da efetividade processual (THEODORO JÚNIOR, 2009). A materialização da tutela definitiva, sendo autossuficiente ou não autossuficiente, demanda tempo. Ainda que o tempo seja necessário para atingir-se uma análise completa acerca da questão demandada, salvaguardando a segurança e imutabilidade das decisões, este pode acarretar diversos prejuízos à parte lesionada, “tanto endoprocessuais como extraprocessuais, demonstrando a insuficiência do aparato estatal frente à diversidade e quantidade de demandas que lhe é apresentada todos os dias” (BORTOLATTO, 2015, p. 170).

Decorrente da lentidão do procedimento ordinário para se atingir o resultado da demanda, tornou-se necessária a adaptação do trâmite para um sistema de tutelas jurisdicionais que garanta a efetividade da prestação jurisdicional, respeitando as condições do direito material e suas especificidades. Essa tutela jurisdicional diferenciada, baseada na urgência para se resguardar ou efetivar o direito, é, em muitos casos, mais justa que a prestação jurisdicional tradicional. Os procedimentos especiais que proporcionam as tutelas diferenciadas baseiam-se na análise em cognição sumária. (DESTEFENNI, 2013).

Para Watanabe (2000, p. 58) a cognição consiste em “[...] considerar, analisar e valorar as alegações e provas produzidas pelas partes [...]”. Ou seja, é um estudo que o juiz faz das provas e das teses apresentadas no processo.

A cognição pode ser referida a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz; e vertical, pertinente à profundidade da cognição do magistrado acerca da afirmação dos fatos. A cognição em plano horizontal caracteriza o grau de amplitude que o juiz examinará a ação. Limita os elementos objetivos do processo que serão considerados. Essa cognição pode ser limitada, na hipótese de o objeto da lide tratar apenas sobre parte do conflito, ou plena, nos casos em que o objeto da demanda tratar do conflito existente em sua totalidade. Em contrapartida, a cognição em plano vertical trata acerca do grau de profundidade em que será realizada a análise processual, podendo ser classificada como exauriente quando ocorrer a análise profunda e completa do caso em questão, e como sumária nos casos em que houver uma análise superficial e incompleta do objeto da demanda. Atenta-se também que a cognição exauriente respeita todas as fases do processo de conhecimento para então ser prolatada uma decisão, todavia a cognição sumária analisa somente o necessário para obter-se uma prova inequívoca acerca do fato. (WATANABE, 2000).

Ainda que a cognição exauriente traga a lide uma resolução definitiva, não podendo ser objeto de cognição em outro processo, há situações em que a cognição sumária é necessária, tendo em vista o perigo da demora na prestação jurisdicional. Nessas situações de urgência e relevância não se faz imprescindível uma análise profunda do direito tutelado, apenas busca-se a garantia da efetividade processual. A cognição sumária apresenta um grau de conhecimento inferior e tem sua solução baseada, quase sempre, em um juízo de mera aparência do direito. Entretanto, considerando o enfoque dos juristas na luta por uma maior efetividade processual, a sumarização da análise do processo é necessária, por estar intimamente relacionada a uma solução célere para a demanda (DESTEFENNI, 2013).

Para Zavascki (2009), o resultado final da demanda apresentada em cognição exauriente é envolto de segurança jurídica tendo em vista sua característica de imutabilidade jurídica por garantir coisa julgada.

Todavia, há momentos em que é preciso relevar a segurança jurídica e priorizar a efetividade e a razoabilidade do processo, apresentando uma solução rápida e justa à demanda. Há vista disso, surgem as tutelas provisórias, ensejadas pelo procedimento mediante cognição sumária.

A tutela provisória permite que a parte demandante tenha seu direito final consolidado de forma antecipada e imediata. Sua principal função é minorar os males do tempo e garantir a devida efetividade jurisdicional pretendida, ou seja, os efeitos da tutela. Assim sendo, prezando o princípio da igualdade, o procedimento redistribui o ônus do tempo do processo. Ainda que inevitável que demore a se atingir uma solução ao litígio, é necessário dividir entre as partes o encargo decorrente do tempo, de modo a não prejudicar

somente o demandante (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Para Bortolatto (2015, p. 172), uma tutela jurisdicional elogiável surge a partir do equilíbrio entre os princípios básicos que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro e a, ainda, a “[...] observância de procedimentos pré-ordenados [...]”, sendo “[...] aquela que garanta resultados efetivos em tempo hábil a evitar a ocorrência às partes, de danos internos e/ou externos ao processo”.

Essa modalidade de tutela tem como características fundamentais, segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015), a sumariedade da cognição, a precariedade e a inaptidão a tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

Em sentido e características opostos a tutela definitiva, a tutela provisória apresenta precariedade em sua decisão, tendo em vista que está sujeita a revogação ou modificação a qualquer momento processual, não estando garantida pela imutabilidade da coisa julgada. (ZAVASCKI, 2009).

Em relação à tutela provisória, o magistrado somente poderá modificá-la, caso haja provocação da parte interessada, e mediante decisão motivada. Essa modificação ou revogação deve ter como pressuposto a alteração posterior no estado de fato, ou o advento de novo elemento probatório (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Zavascki (2009), elucida que o efeito da tutela provisória é necessário quando, diante de determinada situação, a efetividade de a prestação jurisdicional encontrar-se ameaçada ou obstaculizada. Desse modo, se ocorrer a mudança do estado de fato, essa ameaça ou obstáculo pode ser eliminada. Ainda, é possível que diante das alterações do estado de fato, as providências deferidas tornem-se insuficientes ou inadequadas em vista da nova situação de urgência. Nesse caso, a tutela provisória deverá ser modificada ou substituída por outra que se adeque à nova situação.

Este último pressuposto fundamenta a justificativa básica a qual defende a inexistência e impossibilidade de coisa julgada na tutela provisória, tendo em vista que para atingir-se a decisão imutável merece demandar uma análise aprofundada do conflito (ZAVASCKI, 2009).

Outrossim, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015) atentam que a revogação da tutela antecipada possui efeito *ex tunc*, de modo a restabelecer o status quo ante das partes, igualmente ocorre na execução provisória ao ser desfeita. Além disso, mesmo que o magistrado julgue improcedente a demanda, é necessária que se inclua na sentença a expressa determinação de revogação da medida.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC DE 2015

Diversas alterações foram propostas pela Lei n. 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil. Elencá-las, na sua totalidade, seria tarefa para trabalho demasiado extenso, uma vez que o atual CPC não apenas alterou regras procedimentais existentes no processo civil, como promoveu uma significativa mudança de paradigma sobre sua dinâmica.

Inicialmente, é possível afirmar que o CPC-2015, em medida mais ampla do que o anterior, alinha-se à Constituição Federal de 1988, nos seus princípios fundamentais e garantias.

O fenômeno do neoconstitucionalismo, que pressupõe a centralidade da constituição no ordenamento jurídico, amplia os seus efeitos para o processo civil. Mais do que um conjunto de procedimentos técnicos acerca de um processo de natureza civilista, o Código de Processo Civil - 2015, influenciado pelo neoconstitucionalismo, reflete os princípios constitucionais, sendo, na sua totalidade, uma lei que pretende tornar os processos mais céleres e atrelados aos seus verdadeiros fins: a resolução efetiva dos conflitos.

A Constituição Federal brasileira estabelece que o processo deve durar tempo razoável para a concessão da tutela. “Tempo razoável” significa que nem deve ser rápido o suficiente para que as questões fáticas e probatórias não sejam analisadas com a profundidade necessária, nem lento o suficiente para que a parte, por exemplo, não possa exercer o direito garantido na sentença, ou, ainda, que o objeto se perca.

Do ponto de vista prático, o Judiciário brasileiro, historicamente, depara-se com inúmeros exemplos de processos cujo trâmite é prejudicado, em razão da morosidade da justiça ou pelo procedimento complexo. Casos relacionados à partilha de bens, inventário, relações consumeristas, etc., costumam não serem resolvidos em tempo hábil, gerando prejuízos não apenas às partes, mas aos advogados envolvidos, à magistratura e aos tribunais.

Em razão da excessiva demora, muitos são os casos em que, no instante do provimento da sentença, seus

efeitos já não são mais os esperados pela parte vencedora, seja porque o bem em disputa já não existe, seja porque a parte beneficiada pela sentença já não possa mais exercer o direito que lhe foi garantido pela decisão judicial. Dessa forma, justifica-se a adoção de um modo próprio de tutela jurisdicional.

A parte que necessita, por exemplo, da concessão urgente de um medicamento, sob o risco de ter prejudicada a sua própria saúde e vida, não pode, ser prejudicada pelas deficiências administrativas da justiça brasileira. Essa tutela diferenciada recebeu um tratamento particular, no atual Código de Processo Civil.

As tutelas provisórias são tutelas judiciais concedidas em caráter provisório. Esse termo “tutela provisória” é uma denominação nova ao ordenamento jurídico brasileiro, proveniente do Código de Processo Civil de 2015, e possui categorias diferenciadas conforme seu fundamento (BORTOLATTO, 2015).

O CPC 2015 dispõe acerca das tutelas provisórias em seus arts. 294 a 311. Para Sica (2015, p. 85) o Código “[...] denomina de ‘tutela provisória’ a ampla categoria que abrange as chamadas tutelas de urgência (subdivididas entre cautelar e antecipada) e de evidência”.

2.1.1 TUTELAS DE URGÊNCIA

A Tutela de Urgência está prevista no Livro V, Título II do novo CPC, e é dividida em três capítulos que compreendem os artigos 300 a 310 do novo Código, sendo composta por duas espécies, a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada (BRASIL, 2015).

Segundo Theodoro Júnior (2015, p. 603) “O novo Código [...] deixa bem claro que medidas cautelares e medidas antecipatórias são mesmo espécies de um só gênero, qual seja, a tutela de urgência”.

As tutelas de urgência buscam proporcionar, de maneira provisória ou temporária, o uso do direito pleiteado pela parte, protegendo-a da longa duração do processo, até que este direito seja obtido definitivamente através de tutela definitiva ou de mérito. Portanto, buscam resguardar o direito material em si, ou a eficácia do processo.

A urgência nas chamadas “Tutelas de Urgência” encontra-se preceituada e explicitada no art. 300 do CPC de 2015 (BRASIL, 2015). Estes requisitos, indispensáveis para o deferimento da medida, nada mais são que os já conhecidos “*fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito) e o *periculum in mora*. Os parágrafos do referido artigo apresentam, igualmente, uma série de condições para a concessão da tutela, entretanto estas somente são necessárias eventualmente”. (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 607).

O meio processual adequado para defender-se contra o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo é mediante tutela de urgência. No Novo Código de Processo Civil as duas modalidades tradicionais de tutelas de urgência (cautelar e antecipatória ou satisfativa) encontram-se aproximadas e com características menos distintas, tendo como regras gerais os mesmos pressupostos. Todavia, a distinção procedimental das medidas antecipatórias continua trazendo procedimentos preparatórios diversos e novos para cada técnica processual. (ANDRADE; NUNES, 2015).

A espécie de tutela de urgência adequada para resguardar o resultado útil do processo “sem adiantar o gozo do direito material” (ANDRADE; NUNES, 2015, p. 11) é a tutela cautelar. Por outro lado, a tutela antecipada ou satisfativa é a técnica processual que antecipa o aproveitamento do direito material.

A tutela de urgência tratada a partir do artigo 300 do atual CPC, deve ser concedida, nos termos da lei, quando houver, no processo, elementos que permitam ao magistrado visualizar as seguintes condições: perigo de dano e probabilidade de direito. A tutela de urgência, aliás, poderá ser concedida liminarmente.

A decisão que concede a tutela de urgência antecipadamente não pode ser irreversível. A razão dessa proibição está no fato de que é preciso que haja margem para que decisão final possa vir a ser contrária àquela estabelecida em fase de tutela de urgência.

A tutela de urgência contrapõe-se, no seu aspecto conceitual, a uma tutela tardia e ineficiente, como já apontava Luiz Fux (1996), muitos anos antes da elaboração do projeto do atual Código de Processo Civil. Decisões judiciais apresentadas após um prazo excessivamente longo em relação ao pedido inicial, põem em xeque o princípio da celeridade. A nova ordem processual, portanto, não permite a prevalência desse cenário.

Na sequência analisa-se as duas espécies de tutelas de urgência: a cautelar e a antecipada.

2.1.1.1 TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar tem como escopo garantir que seja viável a concretização de certo direito, não cabendo a ela efetivamente realizá-lo (MARINONI, 2009). O Código de Processo Civil de 1973 previu as tutelas cautelares, tal como medidas revogáveis, temporárias, fundadas em cognição sumária e de cunho meramente instrutório, as quais têm por finalidade garantir uma adequada e viável concretização da tutela final.

O instituto da tutela cautelar não pode servir como meio autônomo a fim de garantir a concessão do pedido final litigado. É um instrumento fundado em juízo de cognição sumária, conseqüentemente, sua análise, ainda que não diga respeito ao direito material pleiteado, é feita de forma precária. Desse modo, apresenta como principais características a temporariedade e referibilidade (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016), atributos que serão analisados em momento posterior neste trabalho.

Em oposição ao CPC de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 não apresenta um livro próprio para as tutelas cautelares. O Novo Código reuniu as tutelas de urgência em um só título e atribuiu-lhes pressupostos semelhantes. Assim, com a intenção de simplificar o regramento jurídico, o legislador as tratou de maneira uniforme, apresentando requisitos similares para a sua concessão e instituindo um regime uniforme para sua concessão em caráter incidental (SAMPAIO JÚNIOR, 2016).

É interessante notar que no Código de Processo Civil de 2015 não existe regramento específico para o procedimento de cada uma das tutelas cautelares típicas, conforme existente no Código de Processo Civil de 1973, no Capítulo II, do Livro III. Entretanto, as cautelares típicas ou nominadas, como o arresto, o sequestro e a busca e apreensão, continuarão a ser aplicadas pelo Poder Judiciário, ainda que o legislador não as tenha incluído minuciosamente e descritivamente. Isso se deve ao fato da manutenção do dever-poder geral de cautela do juiz no Novo CPC, presente no art. 297. Desse modo, embora revogado, o CPC de 1973 servirá como parâmetro para a aplicação do Código de 2015, como uma espécie de “doutrina”. Ou seja, os sujeitos do processo embasarão seus entendimentos e soluções para os problemas decorrentes da prática judicial, em relação às tutelas cautelares típicas, no Código de Processo Civil de 1973 (PINHEIRO, 2016; REDONDO, 2016).

Ainda, cabe salientar a respeito da fungibilidade entre as medidas de urgência. O art. 305, do CPC, o qual trata acerca das tutelas cautelares, apresenta em seu parágrafo único que: “Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art.303” (BRASIL, 2015). O legislador prevê essa medida tendo em vista as dificuldades previstas para diferenciar uma espécie de tutela de urgência da outra. Desse modo, cabe uma prévia adaptação procedimental caso o magistrado entenda que a tutela pleiteada se encaixe na outra forma de tutela de urgência (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

O Código de Processo Civil de 2015 pressupõe somente a fungibilidade de uma tutela cautelar para uma antecipada (satisfativa), assim chamada de fungibilidade progressiva. Todavia, tem-se que é admitida, por equivalência, a fungibilidade da tutela satisfativa para a cautelar, sendo uma espécie de fungibilidade regressiva. “Dessa forma, uma vez requerida tutela provisória satisfativa (antecipada) em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é cautelar, poderá assim recebe-la, desde que seguindo o rito para ela previsto em lei” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 630). Caso seja determinada a fungibilidade regressiva, a decisão deve ser motivada de forma apropriada nesse sentido, considerando e explicitando que as consequências da inércia do réu serão mais expressivas em comparação com a medida requerida pelo autor (REDONDO, 2016).

2.1.1.2 TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada ou satisfativa a função de contender os perigos que a demora do provimento jurisdicional comum apresenta ao resultado final, estabelecendo uma solução satisfativa e provisória a demanda a qual deve ser confirmada (ou não) pela sentença final (MUNIZ FILHO; GUIMARÃES, 2016). Para Muniz Filho e Guimarães (2016, p. 227), pode-se dizer que a tutela antecipada trata de “*uma técnica processual de proteção direta, integral e imediata do direito material invocado, que se encontra em situação de urgência,*

por meio de uma decisão não resolutiva de mérito”, e explicam:

Direto por ser independente e não se submeter a qualquer outro provimento. Integral por poder atender a natureza do direito material levantado, salvo os casos de irreversibilidade. Imediato por ser célere, não depender de ato futuro, e se dar em situações de risco ao direito material da parte, [...] (MUNIZ FILHO; GUIMARÃES, 2016, p. 227).

Segundo Lucon (2016, p. 95) a tutela antecipada serve tanto para garantir um possível cumprimento viável do direito requerido, quanto para adiantar “[...] total ou parcialmente os efeitos do provimento jurisdicional. Por esse motivo não há como negar seu manifesto caráter satisfativo. Há, sem dúvida, uma antecipação no tempo daqueles que poderão ser os efeitos previsíveis da sentença de mérito”. Ou seja, a tutela de urgência antecipada adianta os resultados que a resolução da demanda traria ao requerente, permitindo que a parte litigante usufrua da medida sem ser prejudicada pelos trâmites processuais necessários. Não antecipa definitivamente a sentença, e sim os efeitos práticos que esta produziria às partes (ZAVASCKI, 2009).

Se o conteúdo do pedido de tutela antecipada não tiver capacidade de efetivar os direitos pleiteados pelo demandante, não deve ser deferido (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Desse modo, uma sentença com efeitos meramente declaratórios ou constitutivos, não é cabível de deferimento provisório mediante tutela de urgência antecipada. O resultado da concessão provisória de tais decisões não é compatível com os objetivos da medida em questão, tendo em vista que os resultados práticos só poderão ser efetivados mediante tutela definitiva, sendo incabível antecipar efeitos declaratórios ou constitutivos (ZAVASCKI, 2009).

Os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela só serão passíveis de deferimento ao contribuírem para a efetividade processual e quando se tratarem de efeitos: “ (a) que provoquem mudanças ou (b) que impeçam mudanças no plano de realidade fática, ou seja, quando a tutela comportar, de alguma forma, execução” (ZAVASCKI, 2009, p. 87, grifo do autor).

A decisão tutelada antecipadamente pode ter o condão de produzir uma eficácia positiva ou negativa no ambiente jurídico do réu. A eficácia positiva resume-se a uma ordem ou decisão constituinte de um direito, relacionada à certeza da relação alegada acerca do fato jurídico em questão. Já a eficácia negativa apresenta uma ordem ou decisão a qual impõe ao réu o dever de não contrariar o direito constituído pelo provimento provisório, por meio de uma obrigação de não fazer, abstendo-se de certa ação ou situação. É a imposição de um comportamento omissivo ao réu. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

2.2 A TUTELA DE EVIDÊNCIA

A tutela de evidência é uma modalidade de tutela provisória que dispensa o possível dano ao processo ou ao seu resultado útil. O Código de Processo Civil de 2015 apresenta um rol taxativo ampliado, quando comparado às hipóteses apresentadas no Código de Processo Civil de 1973 (BORTOLATTO, 2015).

A novidade da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015 não se restringe somente ao campo textual, com uma previsão expressa, mas também ao fato de possuir uma maior amplitude nas hipóteses de cabimento, ou seja, ter aplicação geral, tomando a exceção uma possibilidade que em regra pode ocorrer em qualquer tipo de procedimento, desde que presentes os pressupostos (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA 2015).

Há de se observar, que a tutela da evidência decorre de cognição sumária, e, portanto, não se deve confundir-la com julgamento antecipado do mérito, vez que este depende de cognição exauriente.

Nas hipóteses de aplicação da medida provisória fundada na evidência, dispensam-se os requisitos do periculum in mora e da reversibilidade, por conta que o fato alegado é extremamente provável (BORTOLATTO, 2015). O direito demandado com a tutela de evidência necessita somente de um fato jurídico processual comprovado para ocorrer sua efetivação (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA 2015).

Conforme Bortolatto (2015), a Tutela de Evidência é uma técnica processual utilizada para obtenção, por meio de provas incontestáveis, dos efeitos do resultado futuro da sentença quando as circunstâncias eviden-

ciam alta probabilidade de existência do direito e/ou de apresentação de uma defesa meramente formal e protelatória em detrimento da realização de um direito que se mostra *primu ictu oculi* evidente.

O autor supracitado ainda pontua que, tratando-se tão somente da tutela da evidência, entende-se que o Legislador preconizou a celeridade ante ao contraditório, contudo não restringiu o direito de defesa, sob nenhuma hipótese, pois a concessão da tutela da evidência, não faz coisa julgada e, portanto, não interrompe a continuidade do processo e os meios de defesa nele contidos. Cuida-se em priorizar um valor em detrimento do outro sem supressão de nenhum.

Cabe ressaltar que o objetivo princípio da tutela de evidência trata-se de redistribuir o encargo resultante do tempo demandado para a concessão da tutela definitiva. Com base no direito fundamental à duração razoável do processo, a tutela pleiteada deve ser concedida de forma imediata e provisória quando apresentar um elevado grau de probabilidade em suas alegações e, ainda, um improvável êxito da parte demandada. (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA 2016).

Sobre a referida tutela, Wambier et al (2015) faz uma comparação com a tutela de urgência para uma compreensão mais simples. Os autores colocam que, a tutela de urgência objetiva afastar o *periculum in mora*, ou seja, busca evitar prejuízos graves ou irreparáveis que podem acontecer durante o trâmite processual, antes da utilização de cognição exauriente e que, por outro lado, a tutela de evidência baseia-se exclusivamente no alto grau de probabilidade do direito invocado, concedendo, desde logo, os efeitos da tutela final pretendida.

Em complemento, Theodoro Júnior (2016,) afirma que os traços comuns entre a tutela de urgência e a tutela de evidência são a sumariedade processual, que consiste na simplificação do procedimento para atender a emergência do caso concreto, e a provisoriedade da tutela.

Theodoro Júnior (2016) explica que o objetivo da tutela de evidência, não é afastar o perigo de dano advindo da lentidão do trâmite processual, mas eliminar, de forma imediata, a injustiça de manter insatisfeito um direito subjetivo, que, a toda evidência, existe e, assim, merece a tutela do poder judiciário.

A tutela de evidência não necessita da demonstração de urgência. Todavia, isso não significa dizer que a urgência não pode estar presente. Medina (2016, p. 528) explica que “isso não exclui a hipótese de o autor demonstrar haver, mais que *fumus*, evidência do direito, nos termos do artigo 311 do CPC/2015 e, além disso, a urgência”.

Para Theodoro Jr (2016, p. 612):

Quando se pensa na tutela de evidência, a primeira ideia é de uma proteção sumária para um direito incontestado ou incontestado, suficientemente provado, de modo que a respectiva proteção judicial possa ser concedida de imediato sem depender das diligências e delongas do procedimento comum, e mesmo, sem necessidade de achar-se, o direito, sujeito a risco de dano iminente e grave (NCPC, art. 311).

Theodoro Junior (2016, p. 612), contudo, faz uma importante ressalva, quando alerta que a tutela de evidência não é exauriente e não pode ser confundida com o julgamento antecipado da lide, capaz de resolvê-la definitivamente.

Nesse contexto, em regra, o ato judicial que concede as tutelas de urgência tem natureza de decisão interlocutória, na forma do artigo 203, §2º do CPC/2015, pois não se aplica às hipóteses previstas no artigo 203, §1º, CPC/2015 do mesmo diploma, que abarca o fim da fase de cognição do procedimento comum com a sentença, contudo, tratando-se de tutela de evidência, o ato que a concede foge do regramento geral aplicado às tutelas de urgência (FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2015).

De acordo com Flexa, Macedo e Bastos (2015), o regramento da tutela de evidência acarretará o proferimento de uma sentença de mérito, pois aborda o acolhimento do pedido formulado, encerrando a fase de conhecimento processual, assim, caso o magistrado conceda uma das hipóteses previstas o artigo 311 do CPC/2105, que foram explicitadas acima, não haverá mais objeto, mediato ou imediato, a ser concedido.

Contudo, o autor Gaio Júnior (2016) em seu artigo científico, esclarece que em razão da concessão de tutela de evidência fundar-se em cognição sumária, a decisão que a concede não será suscetível de coisa

julgada, destacando que as hipóteses elencadas no artigo 311 do CPC/2015 não se confundem com aquelas em que é permitido ao magistrado, de forma antecipada, julgar o mérito, porquanto a decisão em sede de tutela de evidência, como já dito, se pauta em cognição sumária, diferente do julgamento antecipado, e por isso traduz uma decisão revogável e provisória.

Ao comentar o projeto do novo CPC, acerca da recepção da chamada tutela de evidência, Luiz Fux (2011, p. 18) frisa a influência do princípio da isonomia, que seria ferido se o juiz, ao deparar-se com um direito tão certo, postergasse a sua satisfação:

Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos prima facie, não tem razão.

Percebe-se que a Tutela de Evidência, apesar de sua não regulamentação explícita no código processualista civil anterior, não é novidade doutrinária, eis que se apresentava com uma roupagem mais simples e discreta, ausente a nomenclatura aqui apresentada, como uma subespécie da antiga tutela antecipada. Assim, em análise a hipótese do inciso I, artigo 311, do CPC/2015, que trata do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte, percebe-se que este requisito era disciplinado no artigo 273, inciso II do CPC/73. Esse dispositivo, da lei anterior, previa além do requisito de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, a apresentação de prova inequívoca que convencesse o magistrado da verossimilhança da alegação (BRASIL, 1973).

Nesse sentido, Medina (2016) crítica a redação do inciso I, do artigo 311 do CPC/2015, alegando ter sido disciplinado de forma incompleta, pois o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, por si só, não tornariam evidente o direito afirmado pelo autor.

No mesmo norte, Flexa, Macedo e Bastos (2015, p.250) expõem:

No panorama legislativo anterior (CPC/1973), com previsão legal expressa no artigo 273, inciso II, a tutela de evidência era qualificada juridicamente como uma das espécies, conforme explanado no item referente à tutela provisória, de tutela antecipada. Tratava-se de uma espécie peculiar por afastar a necessidade de o requerente comprovar a presença do periculum in mora. Bastava, portanto, tornar evidente o seu direito material embaixador da pretensão para obter o provimento antecipatório, ou seja, bastava apresentar o fumus boni iuris.

O artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 elenca os requisitos para a concessão da tutela de evidência, ou seja, as características que devem estar presentes no pedido para o seu deferimento nessa modalidade de tutela provisória.

Nesse sentido, com relação ao tipo de cognição judicial aplicada à tutela de evidência, Flexa, Macedo e Bastos (2015) explicam que nos incisos I ao III, do artigo 311 do CPC/2015 aplica-se o exercício judicial de cognição vertical sumária, pois bastará a presença dos requisitos ensejadores para a concessão da medida. Afirmam que esse tipo de cognição judicial (vertical sumária) é típico das tutelas de urgência e denota um juízo de provisoriedade distante do juízo de certeza, pois fica adstrita à análise de requisitos de admissibilidade, sem a necessidade de instrução probatória profunda para a concessão do provimento.

Os mesmos doutrinadores supracitados, explicam que no caso abordado no inciso IV, do artigo 311, do CPC/2015, é aplicável a cognição judicial vertical exauriente, que implica análise de todos os fatos e fundamentos jurídicos apresentados para fulcrar o juízo de certeza com a devida segurança jurídica, pois pressupõe que a demanda esteja devidamente instruída com prova documental suficiente dos fatos ensejadores da demanda do autor, em contraposição à inexistência de apresentação de prova consistente, por parte do réu, que possa gerar dúvida razoável, possibilitando o debate doutrinário sobre a necessidade, ou não, de prosseguimento do feito.

Apesar de tratar-se de um instituto de importante relevância para obtenção da tutela jurisdicional, o

legislador limitou-se em tratar desta tutela em apenas um dispositivo, elencando as hipóteses de seu cabimento, sem, contudo, explicar seu procedimento.

Por conseguinte, tratando-se do momento do pedido de tutela de evidência, Flexa, Macedo e Bastos (2015) destacam que em razão de o legislador não ter indicado qual o momento processual adequado para o requerimento e concessão da tutela de evidência, fica subentendido que a medida poderá ser requerida, bem como deferida, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que preenchidos os requisitos autorizadores da medida.

Continuando a análise superficial do dispositivo referente à tutela de evidência, o artigo 311, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, limita a concessão da tutela de evidência inaudita altera pars, ou seja, liminarmente, apenas nas hipóteses expostas pelos incisos II e III do referido artigo, ou seja, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e desde que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, bem como quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, respectivamente (BRASIL, 2015).

Essa limitação ocorre porque ficou evidenciado que nestes casos o comportamento do réu não seria relevante para formação do convencimento do magistrado, diferentemente das hipóteses fáticas elencadas nos incisos I e IV do mesmo dispositivo, em que é imprescindível a participação do demandado para que o juiz possa formar seu juízo de convencimento, sendo inviável, portanto, a concessão da tutela de evidência em formato liminar nestes dois últimos casos (FLEXA, MACEDO; BASTOS, 2015).

Nesse sentido, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016) afirmam que nas referidas hipóteses, em que se é possível a concessão da tutela de evidência em caráter liminar, percebe-se que a evidência é robusta o bastante para autorizar a medida antes da ouvida do réu. Somado a isso, os autores ainda destacam a elevada qualidade do direito e a reduzida probabilidade de que o réu possa vir a desmenti-la nos casos descritos pelo artigo 311, incisos II e III do CPC/2015.

Por outro lado, Negrão et al (2016) não defendem a concessão de tutela de evidência em caráter liminar, pois em razão da desnecessidade de demonstração de urgência, tal atitude não caberia por parte do magistrado, pois pode vir a causar dados desnecessários à outra parte.

Por conseguinte, acerca do instituto da estabilização da tutela provisória, já mencionada no capítulo anterior, que está descrita no artigo 304 do CPC/2015, o qual determina que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso” (BRASIL, 2015), destaca-se que apesar da letra da lei expor apenas a estabilização na modalidade de tutela de urgência antecipada, José Miguel Garcia Medina (2016, p.530) leciona que o regime da estabilização também pode ser aplicado às hipóteses previstas no artigo 311 do CPC/2015 no couber, exemplificando que:

Assim, por exemplo, pode a petição inicial limitar-se ao requerimento da tutela antecipada fundada na evidência sem urgência (aplicando-se, analogicamente, o art. 303 do CPC/2015) e, nesse caso, concedida a liminar quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em enunciado da súmula vinculante do STF” (art. 311, II, do CPC/2015), e não havendo recurso nos termos do art. 304, caput do CPC/2015, a decisão que concede a tutela torna-se estável. (MEDINA, 2016, p. 530, grifo nosso).

O autor, supracitado, justifica seu entendimento na possibilidade de estabilização da decisão que concede tutela de evidência, no fato de que nessa modalidade de tutela provisória a clareza da existência do direito justifica sua rápida realização, a despeito não haver urgência e que se for considerada, na prática, essa discriminação que há na letra do artigo 304, do CPC/2015 – que abrange, a princípio, apenas a tutela de urgência antecipada – acabará o autor requerendo a tutela antecipada com base no art. 303 do CPC/2015, tão somente alegando haver urgência, ainda que seja em grau mínimo ou inexistente virtualmente, apenas para ter garantido a estabilização da decisão que conceder a tutela requerida, na forma restrita descrita no artigo 304, do CPC/2015.

Por fim, tanto as tutelas de urgência como a tutela de evidência não podem ser confundidas com o julgamento antecipado do mérito, conforme apontam Wambier et al (2015). Para os autores, “diferentemente do julgamento antecipado, a decisão [na tutela de evidência] pauta-se em cognição sumária e, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória” (WAMBIER et al, 2015, p. 523).

2.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Desse ponto em diante, deverá ser considerado o entendimento jurisprudencial acerca da aplicabilidade dos institutos, a partir das novas diretrizes estabelecidas pelo Código de Processo Civil, de 2015.

No final de 2015, o Tribunal da Justiça de Minas Gerais já considerava que a indisponibilidade de bens, prevista em legislação específica, decorria de medida de caráter acautelatório consistente em tutela decorrente de cognição de evidência. Assim:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDISPONIBILIDADE DE BENS - ART. 7º DA LEI FEDERAL N. 8.429/92 - CAUTELAR - NATU-REZA DE “TUTELA DE EVIDÊNCIA” - CONFIGURAÇÃO INEQUÍVOCA DO ATO DE IMPROBIDADE - DEFERIMENTO DA MEDIDA. - A indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei Federal n. 8.429/92, é medida de caráter acautelatório consistente em uma tutela decorrente de cognição de evidência. - À míngua de formação do instrumento com elementos seguros, que permitam convencimento contrário ao formulado pelo juízo da origem que, quando da análise da inicial da ação e demais documentos, se convencera da ocorrência inequívoca de improbidade administrativa, revela-se sem qualquer razão a pretensão para a modificação da decisão recorrida. (TJ-MG - AI: 10431140061992001 MG, Relator: Versiani Penna, Data de Julgamento: 19/11/2015, Câmaras Cíveis / 5º C MARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/11/2015).

Considerando os critérios de receio de dano irreparável e demora na medida, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou, no início de 2016, o pleito de tutela de urgência. Segue a ementa da decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. TUTELA ANTECIPADA. PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 273, I, DO CPC. Verossimilhança do direito alegado pelo Município, pois existente prova inequívoca de que os demandados estão construindo muro de forma irregular sobre as margens de bueiro. Receio de dano irreparável ou de difícil reparação com a demora na medida, porque a continuidade na execução da obra comprometerá o acesso ao bueiro e impedirá a manutenção do dreno, com risco de transbordamento. Interlocutória reformada para conceder a tutela antecipada de proibição da continuidade da obra pelos requeridos. Incabível a fixação, de logo, de multa diária, pois a incidência ocorre apenas quando da comprovação do não cumprimento da ordem liminar. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UN NIME. (Agravo de Instrumento Nº 70066416595, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 15/12/2015). (TJ-RS - AI: 70066416595 RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Data de Julgamento: 15/12/2015, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2015).

Percebe-se, nesse sentido, o impacto da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, no âmbito dos tribunais. Esses, afinal, são os responsáveis pela aplicação da lei e, em grande medida, determinam, através das suas decisões, as interpretações que devem ser estabelecidas em relação aos institutos processuais analisados no presente estudo.

Em decisão de novembro de 2017, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso considerou que o vício origina-

do de mero erro material não implica em nulidade da sentença, diante de fundamentação proferida pelo juiz de modo regular. Aplicou, assim, o Código de Processo Civil conforme os seus princípios, que é o de evitar que erros irrelevantes ponham em xeque o andamento do processo, focando, assim, na solução real dos conflitos.

Segue a ementa da decisão, na qual o Tribunal de Justiça do Mato Grosso considerou que o deferimento de tutela de urgência não culmina em perda do objeto da demanda, sendo fundamental a eventual confirmação, ou não, da medida antecipatória:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COMPEDIDO DE TUTELA ESPECÍFICA DE URGÊNCIA – PLANO DE SAÚDE – HÉRNIA INGUINAL – NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – ERRO MATERIAL NO DISPOSITIVO – POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO A QUALQUER TEMPO – TUTELA SATISFATIVA – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – INOCORRÊNCIA – NECESSÁRIA APRECIÇÃO DO MÉRITO - VERBA HONORÁRIA DESPROPORCIONAL – ART 85,2º DO CPC - REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O vício evidenciado se trata de mero erro material e não implica na nulidade da sentença, tendo em vista que a fundamentação proferida pelo Juízo da causa se deu de modo regular e compatível com a questão levada à apreciação jurisdicional, sendo que a regra extraída do dispositivo revogado é substancialmente idêntica à constante no artigo 487, I do vigente Código Processual Civil: 2. O deferimento de tutela de urgência apta a exaurir a utilidade material pretendida na Inicial não culmina na perda de objeto da demanda, sendo imprescindível a confirmação, ou não, da medida antecipatória. 3. É cabível a estipulação de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, nos casos em que não atua contra ente federativo do qual é parte. 4. O valor arbitrado a título de honorários advocatícios deve ser proporcional à natureza e complexidade da causa, bem como compatível com o tempo e labor necessários para a resolução do litígio. (Ap 117930/2017, DESA. SERLY MARCONDES ALVES, QUARTA C MARA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 22/11/2017, Publicado no DJE 24/11/2017).

O posicionamento jurisprudencial é particularmente importante, pelo fato de que o Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor há, relativamente, pouco tempo, no ordenamento jurídico. Como se trata de uma legislação que alterou uma série de institutos relacionados ao processo civil, como as tutelas de urgência e de evidência, é por meio das decisões judiciais que será possível avaliar, com grande precisão, a aplicabilidade dos institutos.

Percebe-se, das decisões acima expostas, a harmonização das decisões dos três tribunais, em relação às características da tutela de urgência e da tutela de evidência.

A pergunta que se apresenta, nesse ponto, por exemplo, é sobre como as instituições financeiras poderiam, com base no tratamento conferido pelo novo Código de Processo Civil ao instituto da tutela de evidência, fundamentar ações de cobrança.

Para garantir a satisfação, ainda que provisória, das dívidas, é crucial que as instituições bancárias utilizem dos fundamentos relacionados às tutelas aqui discutidas. Exemplo disso está no ajuizamento de ação de cobrança com tutela de evidência, no instante em que a instituição bancária percebe que o devedor está dilapidando o seu patrimônio.

A tutela de evidência, sobretudo, é aplicável nos casos de ações relacionadas à cobrança de devedores de instituições financeiras, quando se percebe o comportamento do devedor no sentido de não satisfazer a dívida. No momento em que o magistrado perceber a presença dos dois elementos que constituem a tutela de evidência, nas ações de cobrança protocoladas por instituições financeiras, deve deferir o pedido.

O perigo do dano é um dos elementos da tutela de evidência que, caso o devedor insista no não pagamento da sua dívida com a instituição bancária, estará presente, fundamentando, inicialmente, o pedido de tutela de urgência. Igualmente, o risco ao resultado útil estará presente na apresentação de elementos

fáticos, por parte das instituições financeiras, que mostrem que o não pagamento da dívida, imediatamente, irá gerar prejuízos à instituição financeira. Dessa forma, justifica-se a tutela, nos casos de dívidas cobradas por instituições bancárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudou buscou apresentar a discussão acerca dos institutos da tutela de urgência e da tutela de evidência, à luz do Código de Processo Civil de 2015.

O objetivo do Código, de maneira geral, foi permitir, através desses institutos, que a morosidade histórica da justiça brasileira não seja capaz de inviabilizar o exercício do direito por meio de decisões judiciais. Através das condições impostas a partir do artigo 300, da referida lei, as tutelas de urgência e evidência aplicam-se no sentido de garantir uma decisão judicial verdadeiramente útil, com foco na resolução prática do problema.

Verificou-se que as características da tutela de urgência são tratadas a partir do artigo 300 do atual código de processo civil, devendo ser concedida, nos termos da lei, quando houver, no processo, elementos que permitam ao magistrado visualizar as seguintes condições: perigo de dano (ou risco ao resultado útil do processo) e probabilidade do direito, assim poderá ser concedida liminarmente.

Já a tutela de evidência caracteriza-se no fato de poder ser concedida independente da presença das duas condições essenciais à tutela de urgência, a saber: perigo de dano e risco ao resultado útil do processo. A tutela de evidência é concedida quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente. Ainda, será concedida quando se caracterizar abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte.

A questão deve ser analisada, como feito na presente pesquisa, através dos princípios constitucionais, principalmente, aqueles relacionados à necessidade de que o processo corra em tempo razoável. Em geral, após a análise realizada pela revisão da literatura proposta no presente estudo, os resultados indicam uma melhoria no âmbito do processo civil, com a presença dos dois institutos processual. A razão da mudança está no fato de que os institutos têm permitido decisões que garantem, ainda que de maneira provisória, o exercício de direitos evidentes e urgentes.

Entretanto, diversos são os desafios para a realização das finalidades dos institutos da tutela de urgência e de evidência, no âmbito do processo civil. Os problemas relacionados à morosidade da justiça brasileira são históricos e profundos. Ainda que a evolução legislativa seja bastante relevante para a eventual resolução do grave problema, é preciso iniciativas institucionais direcionadas ao alcance de uma justiça célere.

A questão passa, fundamentalmente, pela atuação dos tribunais brasileiros, no sentido de aplicarem o Código de Processo Civil, na perspectiva dos princípios fundamentais, adotando práticas de gestão que conduzam a uma justiça mais efetiva e democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea novo CPC: doutrina selecionada**, p. 69-102. Salvador: Juspodivm, 2015.

BORTOLATTO, Ariani Folharini. Estabilização da Tutela Antecipada no Novo CPC: Um instrumento diferenciado na busca da tutela jurisdicional justa e efetiva. In: OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Impactos do novo CPC da advocacia**, p. 169-184. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. **Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 18 fev. 2019.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 10431140061992001, da 5ª Câmara Cível, Belo Horizonte, MG**. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262298271/agravo-de-instrumento-cv-ai-10431140061992001-mg>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70067873786, da Décima Terceira Câmara Cível, Porto Alegre, RS**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322873270/agravo-de-instrumento-ai-70067873786-rs>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

_____. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação Cível n. 117930/2017, da Quarta Câmara de Direito Privado, Cuiabá, MT, 24 de novembro de 2017**. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

DESTEFENNI, Marcos. **Manual de processo civil: individual e coletivo. 2. ed.** São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed.** – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v.2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed.** Salvador: Juspodivm, 2016.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo código de processo civil – o que é inédito, o que mudou, o que foi suprimido**. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2015.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O novo processo civil, In **O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa**, coord. Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo código de processo civil brasileiro. Revista dos Tribunais Online. **Revista de Processo**, vol. 254/2016, p. 195 – 223, Abr / 2016.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidencia no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 8, v. XIV, p. 296-330, 14 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006

_____. **A antecipação da tutela**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MUNIZ FILHO, José Humberto Pereira; GUIMARÃES, Daniel Miaja Simões. Tutela de urgência antecipada: Um ensaio topográfico sobre sua satisfação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC: tutela provisória**, p. 223-242. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEGRÃO, Theotonio et al. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Guilherme César. Tutela de Urgência Cautelar Típica no Novo Código de Processo Civil e a “aplicação” do Código de Processo Civil de 1973 como “doutrina”. **Revista de Processo**, n. 252, p. 209-227, fev. 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC: tutela provisória**, p. 279-302. Salvador: Juspodivm, 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. A tutela cautelar no Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC: tutela provisória**, p. 303-318. Salvador: Juspodivm, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 55, jan/mar, p. 85-102. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Novo código de processo civil anotado**. 20ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo CPC. Artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL



Rodrigo Almeida Chaves

RESUMO A presente linha de pesquisa vem debater acerca do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica normatizado pela Lei 13.105/2015 - o Novo Código de Processo Civil, e tem como principal objetivo trazer um cotejo entre a evolução do referido instituto até a sua normatização, trazendo aspectos de direito processual e material.

Palavras-chave: Personalidade Jurídica. Novo Código de Processo Civil. Direito processual e material.

ABSTRACT The present research line discusses the Incident of Disregard of the Legal Personality regulated by Law 13.105 / 2015 - the New Code of Civil Procedure, and its main objective is to bring a comparison between the evolution of this institute and its normatization, bringing aspects procedural and material law.

Keywords: Legal Personality. New Code of Civil Procedure. Procedural and material law.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil 2015, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é considerado uma das espécies de intervenção de terceiros, o que não era encontrado no código revogado, harmonizando este instituto com o princípio do contraditório, insculpido nos arts. 7º, 9º e 10 do CPC/15.

Isso se deve pelo fato de que tal instituto atinge bens de personalidades distintas, ou seja, ocorrendo a desconsideração da personalidade jurídica, os bens particulares dos sócios, por ordem judicial, são forçados a responder pelo cumprimento de obrigação atribuída, originariamente, à pessoa jurídica.

Do mesmo modo, permitiu o CPC/15, em seu art. 133, §2º, a desconsideração inversa da personalidade jurídica que em sentido inverso, permite que os bens da pessoa jurídica suportem a obrigação assumida por seus sócios ou administradores (particulares), desde que observados os pressupostos e procedimentos legais.

Antes prevista como criação jurisprudencial e doutrinária, a desconsideração da personalidade jurídica, como forma excepcional de imputar aos sócios a responsabilidade por dívidas contraídas pela sociedade, recebeu regulamentação legal, por meio do art. 50 do Código Civil de 2002.

Para o direito positivo atual, o abuso da personalidade jurídica permite que, por decisão judicial, “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Nesse norte por não haver nenhuma regulamentação de cunho processual no CPC/73, o Novo CPC, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, normatizou a questão consoante artigos 133 a 137.

Frise-se que, não se criou novas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim, a forma procedimental, pois as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica continuam intactas nos respectivos diplomas legislativos.

Cumpra destacar em razão do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa o procedimento é reforçado.

Nesse contexto, digno de aplausos, é a previsão no NOVO CPC de um incidente processualizado para a desconsideração da personalidade jurídica, pois a decisão judicial que a decreta interferirá de forma im-

perativa no patrimônio dos seus membros, o que na democracia só se legitima se houver a observância do devido Processo Constitucional.

Nos termos do novo regramento (art. 134), o pedido de desconsideração não é uma ação autônoma, podendo ter seu começo nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, conforme entendimento jurisprudencial mais abalizado tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão.

2 PESSOA JURÍDICA E PERSONALIDADE JURÍDICA

O conceito da pessoa jurídica surgiu no direito romano no final do século XVIII, entretanto seu aprofundamento e concretização foi no Direito Canônico, quando então passou se ter a concepção que pessoa jurídica é distinta de seus membros.

As pessoas jurídicas, denominadas pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal.

Apesar do Código Civil não repetir a regra do art. 20 do CC/1916, a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção da pessoa jurídica.

A origem da pessoa jurídica se deu em razão de idêntico tratamento do patrimônio das pessoas jurídicas e dos indivíduos.

Como dito acima, no Direito Romano que a pessoa jurídica passou a ser de suma importância, embora não tenha havido nenhuma elaboração de uma teoria.

No Direito Romano podemos dividir a evolução da pessoa jurídica em três períodos: (i) pré-clássico; (ii) clássico; e (iii) pós-clássico.

No primeiro período, os romanos entendiam que, quando um patrimônio pertencia a várias pessoas, o titular dele não era uma entidade abstrata – a corporação –, mas sim os diferentes indivíduos que constituíam o conjunto, cada titular de parcela dos bens.

Não se pode negar que a pessoa jurídica possui vários direitos, tais como alguns relacionados com a personalidade (art. 52 do CC), com o direito das coisas (a pessoa jurídica pode ser proprietária ou possuidora), direitos obrigacionais gerais (tendo a liberdade plena de contratar como regra geral), direitos industriais quanto às marcas e aos nomes (art. 5.º, XXIX, da CF/1988), e mesmo direitos sucessórios (a pessoa jurídica pode adquirir bens mortis causa, por sucessão testamentária).

A respeito dos direitos da personalidade da pessoa jurídica, reconhecidos por equiparação, admite-se a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, na esteira da Súmula 227 do STJ. O dano moral da pessoa jurídica atinge a sua honra objetiva (reputação social), mas nunca a sua honra subjetiva, eis que a pessoa jurídica não tem autoestima.

Repise-se que mesmo não havendo previsão expressa no Código Civil de 2002, permanece a regra que constava no art. 20 da codificação material anterior, pela qual “a pessoa jurídica tem existência distinta dos seus membros”.

Essa concepção é inerente à própria identidade da pessoa jurídica. Mas tal regra pode ser afastada, nos casos de desvio de finalidade ou abuso da personalidade jurídica, situações em que merece aplicação o art. 50 do CC, que trata da desconsideração da personalidade jurídica. De imediato, pode-se afirmar que a desconsideração da personalidade jurídica nada mais é do que a desconsideração daquela antiga regra pela qual a pessoa jurídica não se confunde com os seus membros.

Em resumo, as pessoas jurídicas são entidades que a lei disciplina e possuem atuação na vida jurídica diversa dos indivíduos que a compõe.

2.1 NATUREZA JURÍDICA

A explicação para o instituto da pessoa jurídica foi algo que suscitou a formação de diversas correntes doutrinárias.

O saudoso doutrinador Miguel Real, que presidiu a comissão encarregada de elaborar o anteprojeto do

Código Civil de 2002, ressaltou a importância da abordagem que foi dada pelo Novo Código.

As pessoas jurídicas, denominadas pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal.

Apesar de o Código Civil não repetir a regra do art. 20 do CC/1916, a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção da pessoa jurídica.

3 QUE É A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA?

Em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas para fins escusos (fraude contra credores e abuso de direito).

Expressão oriunda do direito anglo-saxônico, a desconsideração é conhecida como *disregard of legal entity* ou *disregard doctrine*, expressões comumente utilizadas pela doutrina brasileira.

Nos países da *Common Law*, utilizam-se também expressões retóricas como levantar o véu da pessoa jurídica (*piercing the corporate veil*).

No direito alemão fala-se em *Durchgriff der juristischen Person*, no direito italiano superamento della *personalità giuridica*, no direito argentino *desestimación de la personalidad*.

No Brasil, a expressão mais comumente utilizada é a desconsideração da personalidade jurídica, não se podendo falar em despersonalização, uma vez que, despersonalizar significa anular a personalidade por total, o que não ocorre na desconsideração, pois, nesta não se anula a personalidade, mas simples retirada momentânea de eficácia da personalidade.

Conforme já adiantado em linhas preterias, a pessoa jurídica se apresenta como um importantíssimo instrumento para o exercício da atividade empresarial, no sentido de que sua personalidade deve ser voltada para propósitos legítimos.

Em sendo assim, havendo desvirtuamento dos referidos propósitos, deve haver a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus membros.

Nesta linha de raciocínio a desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, ou seja, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial.

Trata-se, porém, de medida excepcionalíssima, uma vez que a pessoa jurídica não se destrói, continuando a existir sendo desconsiderada apenas no caso concreto, evitando-se que seja utilizada pelos sócios como forma de encobrir distorções em seu uso.

Não obstante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em sentido diverso, entendendo que, se não demonstrada à insolvência da pessoa jurídica, ainda que ela tenha sido dissolvida irregularmente, não caberia a sua desconsideração.

Contudo, o entendimento mais atualizado do STJ é pela desnecessidade de demonstração de insolvência da pessoa jurídica para decretação da sua desconsideração.

Ora, como visto, se a insolvência não é pressuposto para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, não pode ser considerada, por óbvio, pressuposto de instauração do incidente ou condição de seu regular processamento.

4.1 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1 NATUREZA JURÍDICA DO INCIDENTE

Apesar de direito civil e direito empresarial serem ramos distintos e autônomos, em matéria processual não ocorre o mesmo, de modo que não há um Código de Processo Empresarial, tampouco leis processuais esparsas sobre processo empresarial que nos permitam afirmar a existência de um direito processual empresarial.

É verdade que, conforme dito no tópico anterior, o projeto de Novo Código Comercial trata, de forma

detalhada e específica, do que ele chama de “processo empresarial”, mas são poucos os procedimentos especiais previstos, além de haver regra expressa determinando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Enfim, as regras do CPC aplicam-se indistintamente aos litígios cíveis e empresariais, a despeito de haver ações e procedimentos que são próprios de cada regime.

Por exemplo: ação de divórcio é típica do regime jurídico civil, enquanto a ação de falência é típica do regime jurídico empresarial.

Embora o exemplo mencionado de ação típica do regime jurídico empresarial seja referente a uma ação regulada em lei própria, a Lei 11.101/2005, também há, no próprio Código de Processo Civil, ações, procedimentos e regras tipicamente empresariais.

Portanto, a Lei 13.105/2005, que instituiu em nosso país o novo CPC, com certeza terá impactos no direito empresarial. Nos capítulos seguintes, as alterações do novo CPC que exijam atualização da obra serão feitas. Abaixo, duas inovações importantes que atingem diretamente nossa matéria, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica e a ação de dissolução parcial de sociedade:

O Código de Processo Civil inclui, entre as modalidades de intervenção de terceiro, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Trata-se, na verdade, de um incidente processual que provoca uma intervenção forçada de terceiro (já que alguém estranho ao processo – o sócio ou a sociedade, conforme o caso será citado e passará a ser parte no processo, ao menos até que seja resolvido o incidente).

A descon sideração tem natureza constitutiva, considerando-se que por dela tem-se a criação de uma nova situação jurídica. Sempre houve intenso doutrinário a respeito da possibilidade da criação de uma nova situação de forma incidental no processo/fase de execução, ou se caberia ao interpor a propositura de uma ação incidental com esse propósito.

O Novo Código de Processo Civil prevê um incidente processual para a consideração da personalidade jurídica, finalmente regulamentando seu mento.

Tendo seus requisitos previstos em diversas normas legais (art. 50, CC; 28, CDC; art. 2º, 2º, da CLT, art. 135 do CTN, art. 4º da Lei 9.605/98; art. 3º, da Lei 9.847/99; art. 34 da Lei 12.529/2011, arts. 117, 158, 245 e 246 da 6.404/76), faltava uma previsão processual a respeito do fenômeno jurídico, ser saudada tal iniciativa.

Caso se decida por não ser caso de descon sideração, aquele que foi citado por força do incidente será excluído do processo, encerrando-se assim sua participação.

Veja-se a literalidade do código:

Art. 133. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de descon sideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de descon sideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de descon sideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a descon sideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do

§ 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para descon sideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Antes da normatização abrangida pelo Novo Código de Processo Civil a doutrina era vacilante, uma vez que não se tinha um denominado comum, se a desconsideração da personalidade jurídica era obtida por meio de ação própria ou por meio de incidente processual.

Em razão desta enorme divergência pacificou o entendimento no STJ que era desnecessária o ingresso de ação autônoma. Eis o entendimento:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRUÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.

1. A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeito a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedida por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre.

2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.

3. Assim, não prospera a tese segundo a qual não seria cabível, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a discussão acerca da validade

4. da desconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, se no caso concreto e no campo do direito material fosse descabida a aplicação da Disregard Doctrine, estar-se-ia diante de ilegitimidade passiva para responder pelo débito, insurgência apreciável na via da impugnação, consoante art. 475- L, inciso IV. Ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar de oposição de exceção de pré-executividade, a qual, segundo entendimento de doutrina autorizada, não só foi mantida, como ganhou mais relevo a partir da Lei n. 11.232/2005.

5. Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante - quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida - a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada.

6. No caso, percebe-se que a fundamentação para a desconsideração da pessoa jurídica está ancorada em “abuso da personalidade” e na “ausência de bens passíveis de penhora”, remetendo o voto condutor às provas e aos documentos carreados aos autos. Nessa circunstância, o entendimento a que chegou o Tribunal a quo, além de ostentar fundamentação consentânea com a jurisprudência da Casa, não pode ser revisto por força da Súmula 7/STJ.

7. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a

título de exceção, a utilização da chamada “teoria menor” da descon- sideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornece- dor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressar- cimento de prejuízos causados aos con- sumidores”, mercê da parte final do caput do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

A investigação acerca da natureza da verba bloqueada nas contas do recorrente en- contra óbice na Súmula 7/STJ.

Recurso especial não provido.

(Resp 1096604/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012)

Em razão de entendimento já consolidado o Novo Código de Processo Civil encerrou a discussão, pois, estabeleceu que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, no capítulo referente à inter- venção de terceiros (arts. 133 e ss. do CPC), entretanto, podendo ser postulada na petição inicial, conforme previsão contida no art. 134, § 2º do CPC.

Apesar da previsão do art. 795, § 4º, do Novo CPC, a criação de um processual não será sempre neces- sária, pois, nos termos do art. 134, § 2º do CPC, a instauração do incidente será dispensada se o pedido de desconconsideração for requerido na petição inicial, hipótese em que será citado jurídica.

Nesse caso, o Enunciado 248 do Fórum Permanente de processualistas civis (FPPC) indica que “*incumbe ao sócio ou à pessoa jurídica, é impugnar não somente a própria desconconsideração, mas também os pontos da causa*”.

4.2 LEGITIMIDADE PARA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não pode ser instaurado de ofício, dependen- do sempre de provocação da parte interessada ou do Ministério Público (art. 133 do NCPC), na causas onde couber sua intervenção hipóteses do art. 178.

Entrementes, o novel CPC corrigiu referida injustiça jurisprudencial criando o Incidente de Desconsi- deração de Personalidade Jurídica estabelecido nos arts. 133, e seguintes do NCPC, como uma forma de intervenção de terceiros, tratando-se de litisconsórcio passivo facultativo (FPPC, Enunciado 125).

Isso está em plena consonância com o que dispõe o art. 50 do Código Civil, que expressamente exige provocação da parte (ou do Ministério Público) para a desconconsideração da personalidade jurídica, mas vem eliminar o risco de que, nas causas regidas pela legislação consumerista, se desse ao art. 28 do CDC (que é silente sobre o ponto) interpretação no sentido de que ali seria possível desconconsiderar-se ex officio a perso- nalidade jurídica.

Nesse sentido é o FPPC Enunciado 123:

É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178.

Fica claro, então, que a desconconsideração da personalidade jurídica jamais poderá ser decretada de ofício, dependendo, sempre, de provocação.

4.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica pode instaurar-se em qualquer tipo de pro- cesso, cognitivo ou executivo, seja qual for o procedimento observado, comum ou especial.

Aceita-se ainda, instaurar-se em qualquer fase do desenvolvimento processual, inclusive na fase execu- tiva que o processo civil brasileiro designa por “cumprimento de sentença” (art.134).

Sobre o ponto, destaca o ensinamento de Humberto Theodoro Junior:

Na hipótese de a desconsideração da personalidade jurídica ser requerida nos autos da execução ou durante o cumprimento de sentença, mesmo quando a formulação do pedido se der na própria petição inicial ou no requerimento do cumprimento da sentença, será sempre obrigatória a observância do incidente regulado pelos arts. 134 a 136. É que o procedimento executivo, em sua forma pura, não tem sentença para resolver sobre a responsabilidade nova (a do sócio ou da pessoa jurídica não devedora originalmente) e, sem tal decisão, faltará título executivo para sustentar o redimensionamento da execução. Somente, portanto, por meio do procedimento incidental em tela é que, cumprido o contraditório, se chegará a um título capaz de justificar o redimensionamento. Cabe, pois ao incidente a função de constituir o título legitimador da execução contra aqueles a que se imputa a responsabilidade patrimonial pela obrigação contraída em nome de outrem. (In Curso de Direito Processual Civil, Volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 406).

É possível, inclusive, que o incidente se instaure perante os tribunais, seja nos processos de competência originária, seja em grau de recurso, como se extrai do disposto no parágrafo único do art. 136, que prevê a possibilidade de decisão do incidente por relator.

Na hipótese de que se instaure no curso de um processo cognitivo (ou na fase de conhecimento de um processo), e vindo a ser proferida decisão que desconsidere a personalidade jurídica, o sócio (ou a sociedade, no caso de desconsideração inversa) passará a integrar o processo como demandado.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) aprovou o Enunciado 53 em que entende ser inaplicável o incidente nas execuções fiscais, cujo texto in literis “redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”, posição que vem sendo adotada pela jurisprudência.

No âmbito da justiça do trabalho, por força do art. 15, do NCPC, que prevê a aplicação das normas processuais civis de forma supletiva e subsidiariamente junto à justiça laboral, sobretudo em razão da IN 39/16, do TST, em específico o art. 6º, in verbis: “aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no CPC (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)”.

Ainda, no processo do trabalho, da decisão que resolve o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução cabe agravo de petição, dispensado o preparo (Enunciado nº 126, FPPC).

No processo falimentar, segundo o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), nos termos do enunciado 247, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é aplicável.

Será dispensável a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida logo na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica, não havendo suspensão. Nesse caso, incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos do processo (Enunciado nº 248, FPPC).

De outro lado, quando não requerida a desconsideração da personalidade jurídica na inicial ocorrerá a suspensão do processo. Não nos parece adequada a prática de suspensão de todo o processo para o debate apenas da desconsideração adotada pelo NCPC, vez que eventual execução, por exemplo, poderia continuar tramitando em busca de outros bens do devedor originário.

Como consequência é que a sentença poderá afirmar sua condição de responsável pela obrigação, o que tornará possível fazer com que a execução atinja seu patrimônio, nos termos do art. 790, VI.

Cumpra ainda registrar que, não tendo sido instaurado o incidente durante o processo de conhecimento, sempre será possível postular a desconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento da sentença.

Uma vez instaurado o incidente, deverá o juiz determinar a anotação, no cartório do distribuidor, dos dados relativos não só ao fato de que o incidente foi instaurado mas, também, o registro de quem são o requerente e o requerido (art. 134, § 1º).

Entretanto, reafirmando o caráter excepcional da medida e possibilitando o verdadeiro exercício do contraditório, o Novo Código de Processo Civil positivou novas regras para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

4.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO

Conforme o art. 133, § 1º, do CPC, “o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”.

Consoante se observa do novo incidente é que o rito processual não prevê os requisitos para a concessão do incidente, então podemos chegar à conclusão de que, os pressupostos estão dispostos no direito material, e variam conforme a natureza do direito discutido no caso concreto (art. 133, § 1º, CPC).

4.3.1 PROCEDIMENTO

Os requisitos legais para parte interessada ou o Ministério Público ingressar com o pedido são: o pedido, a causa de pedir e os meios de prova que se pretende utilizar.

Quanto a causa de pedir, deverá haver a demonstração cabal dos pressupostos legais específicos (arts. 133, § 1º e 134, § 4º), devendo descrever quais hipóteses estão descritas no direito material.

No ato de requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, incumbirá ao requerente apresentar elementos mínimos de prova de que estão presentes os requisitos para a desconsideração (os quais, como visto, serão os estabelecidos na lei substancial). É preciso, então, que sejam fornecidos elementos de prova que permitam ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca da presença de tais requisitos.

Após analisar o preenchimento ou não dos requisitos, o juiz (ou o relator, em sede de recurso ou em casos de competência originária) poderá indeferir o incidente de plano ou recebê-lo. Neste caso, o incidente será instaurado.

Cumprido afirmar que, a medida também é aplicável no âmbito dos processos que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis, nos termos no atual art. 1.062.

Uma vez instaurado o incidente, deverá o cartório de distribuição de ações ser imediatamente comunicado, para efetuar o registro da demanda incidental contra o suscitado (art. 134, § 1º, do CPC).

Deverá também, ser determinada a citação do sócio ou da pessoa jurídica, para que apresentem manifestação no prazo de 15 (quinze) dias, junto com as provas que entenderem necessárias (art. 135 do CPC), pretendendo evitar a constrição judicial dos bens do sócio (ou da pessoa jurídica, na hipótese de desconsideração inversa) sem qualquer possibilidade de defesa.

Frise-se que, instaurado o incidente, o processo principal ficará suspenso até o julgamento daquele (art. 134, § 3º, do CPC).

Regularmente citado, o suscitado (o sócio, na desconsideração propriamente dita, ou a pessoa jurídica, na desconsideração inversa) terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar defesa, sob pena de revelia, havendo necessidade de instrução probatória, ela será desenvolvida no próprio procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Concluída a instrução, o juiz (ou o relator, em sede de recurso ou em casos de competência originária) decidirá o incidente.

4.3.2 DECISÃO QUE RESOLVE O INCIDENTE

A decisão que acolhe ou denega o pedido é de natureza interlocutória (art. 136, caput, CPC). Se for proferida por juiz de primeiro grau, contra ela caberá agravo de instrumento (art. 1015, IV, do CPC). Vale ressaltar, porém, a importância de a lei expressamente afirmar o cabimento do agravo de instrumento, já que pelo sistema recursal inaugurado pelo Código de Processo Civil só são agraváveis as decisões interlocutórias expressamente indicadas por lei (art. 1.015), uma vez que, o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que resolve o incidente de desconsideração da personalidade jurídica vem expressamente afirmado no art. 1.015, IV.

Mas, se for decretada pelo relator, em sede de recurso, ou em ações de competência originária do tribunal, caberá agravo interno (art. 136, § único, do CPC), da decisão do órgão colegiado, nos Tribunais de Justiça ou nos TRF's, caberá recurso especial.

Instaurando-se o incidente originariamente perante um tribunal, incumbirá ao relator processá-lo e decidi-lo monocraticamente. Há, aliás, expressa disposição neste sentido (art. 932, VI). Atuará, pois, o relator, nesses casos, exatamente como o faria um juiz singular de primeira instância, a ele cabendo exercer o juízo preliminar de admissibilidade do incidente e, caso seja este positivo, determinar sua anotação nos registros do distribuidor, declarar (impropriamente) suspenso o processo e ordenar a citação do requerido. Caberá, ainda, ao relator conduzir toda a instrução probatória (art. 932, I), não obstante seja possível a expedição de carta de ordem para que um juízo de primeira instância colha alguma prova (art. 69, IV, combinado com o art. 69, § 2o, II, do CPC).

Concluída a instrução probatória que se faça necessária, incumbirá ao relator decidir, monocraticamente, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. De tal decisão caberá agravo interno (art. 136, parágrafo único, combinado com o art. 1.021).

No entanto, se o pedido for aduzido junto com a petição inicial, neste caso, se o pedido de desconconsideração for apreciado somente no dispositivo da sentença, o recurso cabível será a apelação.

4.3.3 EFEITOS DO ACOLHIMENTO DO INCIDENTE

Na hipótese de acolhimento do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica nos exatos termos do artigo 137 do Código de Processo Civil, a eventual alienação de bens será tida como ineficaz em relação ao requerente.

A referida disposição normativa, deve ser alinhada com o artigo 792, § 3o, que apresenta a seguinte previsão:

“nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconSIDERAR”. Buscou, por conseguinte, esse dispositivo estabelecer o termo inicial a partir do qual eventual alienação ou oneração de bens ocorreria em fraude à execução.

Alguns autores vêm interpretando a disposição em comento no sentido de que o NCPC teria estabelecido que o marco inicial para a fraude à execução seria a citação do sócio (ou da pessoa jurídica, no caso de desconconsideração inversa) para participar do incidente.

Assim, o marco inicial que se considerará fraude de execução a alienação ou oneração de bens pelo sócio (ou pela sociedade, no caso de desconconsideração inversa) não é propriamente o momento da instauração do incidente (que é, como visto anteriormente, o momento em que proferida a decisão que o admite), mas o momento da citação do responsável.

Com o julgamento de procedência da desconconsideração, podem ser considerados em fraude à execução (a depender da presença dos demais pressupostos) todos os atos de alienação ou oneração de bens praticados pelo sócio ou sociedade desde sua citação no incidente (arts. 137 e 792, § 3.º, do CPC/2015).

Nesse sentido, colaciono entendimento atualizado da jurisprudência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL DO SÓCIO AO SEU FILHO APÓS A CITAÇÃO DA EMPRESA DEVEDORA. ART. 792, §3º, DO CPC. FRAUDE À EXECUÇÃO RECONHECIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

Caso em que o acórdão embargado, partindo de premissa equivocada, entendeu que não caracterizada a fraude à execução na hipótese dos autos, pois a alienação do imóvel do sócio ao seu filho ocorreria antes da citação daquele na demanda. Todavia, dispõe o art. 792, §3º, do Código de Processo Civil que é considerada fraude à execução a alienação realizada após a citação da parte cuja personalidade se pre-

tende desconsiderar, o que de fato ocorrera na hipótese dos autos, à medida que o sócio Walter repassou ao seu filho o único imóvel capaz de garantir a execução após a citação da empresa devedora. Embargos declaratórios acolhidos, com atribuição de efeitos infringentes, para o fim de negar provimento ao agravo de instrumento interposto. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS, COM ATRIBUIÇÃO DE EFEITO INFRINGENTE. UN NIME. (Embargos de Declaração N° 70076285238, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 15/03/2018).

Mas, a configuração da fraude à execução depende da presunção de que o terceiro adquirente do bem (ou beneficiário de sua oneração) tinha ou podia razoavelmente ter conhecimento da pendência da demanda. Por isso, o registro da instauração do incidente no cartório distribuidor é importante (art. 134, § 1.º, do CPC/2015).

A regra visou assegurar ao terceiro, que adquire o bem de um sujeito atingido pela desconsideração, que só poderia ser considerada em fraude à execução a aquisição feita depois de o sujeito atingido pela desconsideração já estar citado na demanda de desconsideração (principal ou incidental), pois, antes disso, o terceiro não teria como objetivamente conhecer a demanda.

O NCPC, entretanto, mitigou a presunção de boa-fé do terceiro e passou a exigir que, no caso de aquisição de bem não sujeito a registro, terá ele o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem (art. 792, § 2º).

Nesse diapasão, tem-se que, atualmente, o NCPC exige que o terceiro adquirente demonstre a sua boa-fé, na aquisição de bem não sujeito a registro, por meio da obtenção e apresentação de certidões que comprovem, notadamente, a saúde financeira do alienante e o desconhecimento da existência de ação capaz de reduzir o executado à insolvência.

A partir daí, qualquer ato de alienação ou oneração de seus bens será tida como fraude à execução se estiverem presentes os requisitos estabelecidos pelo art. 792 do CPC.

Observa-se que a decisão de acolhimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica produz dois efeitos processuais, sendo que o principal efeito é a extensão da responsabilidade patrimonial.

Em resumo, a atividade executiva alcançará o patrimônio dos sócios ou administrador, e nos casos de desconsideração inversa, os bens da pessoa jurídica.

Tal normatização está prevista no art. 790, incisos II e VII e art. 795, ambos do novo Código de Processo Civil:

“Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

(...)

II - do sócio, nos termos da lei; (...)

VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei”.

O segundo efeito é a ineficácia da alienação ou oneração de bens, havidos em fraude à execução, in verbis: “Art. 137, do CPC. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”.

Em razão da ineficácia, os bens desviados poderão ser penhorados, ainda que o terceiro adquirente esteja de boa-fé. Entretanto, ele poderá ingressar com ação de regresso para ser ressarcido.

No tocante à redação do art. 137, preleciona Humberto Theodoro Júnior:

“Por acolhimento, a lei não quer dizer decisão de procedência do incidente, mas

simplesmente o deferimento do processamento do pedido de desconsi- deração. Ou seja, antes mesmo que se verifique a penhora, os credores serão acautelados com a presunção legal de fraude, caso ocorram alienações ou desvios de bens pelas pes- soas corresponsabilizadas. Como a penhora só será viável depois da decisão do incidente, a medida do art. 137 resguarda, desde logo, a garantia extraordinária que se pretende alcançar por meio de desconconsideração Da mesma forma que se passa om a fraude cometida dentro da execução ordinária, a presunção legal de fraude do art. 137 pressupõe que o sujeito passivo da desconconsideração da personalidade jurídica já tenha sido citado para o incidente quando praticar o ato de disposição (art. 792, § 3º). Justifica-se a fixação desse termo a quo pela circunstância de que o sujeito passivo do processo só se integra a ele por meio de citação. Portanto, só pode fraudar a execução quem dela já faça parte” (p. 405 e 406, 2016).

4.3.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUBCAPITALIZAÇÃO

O fenômeno da subcapitalização quando uma sociedade tem capital social claramente incompatível com o seu objeto social. Isso seria, por si só, fundamento para decretação da desconconsideração da perso- nalidade jurídica? Para alguns doutrinadores, sim.

Também é possível encontrar julgados que citam a subcapitalização como fundamento para a decre- tação da desconconsideração da personalidade jurídica.

4.3.5 PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO

Em qualquer modalidade, seja na tradicional seja na inversa, o pedido de desconconsideração pode surgir muito tempo depois do nascimento da obrigação.

Nesta perspectiva, indaga-se se haveria um prazo de prescrição ou de decadência do pedido de des- consideração. Ocorre que tal pedido não confunde com a cobrança da dívida, sendo um direito unilateral de requerer a extensão da responsabilidade. Assim sendo, estamos diante de um direito potestativo do requerente.

Os direitos potestativos são direitos que se caracterizam por advir de um ato unilateral do titular, con- sistem em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial.

Como direito potestativo o que haveria seria um prazo decadencial, o qual porém não foi fixado pela nossa legislação, nem de forma específica, nem de forma geral.

Assim sendo, deve prevalecer a ideia de que não há prazo para o requerimento da desconconsideração da personalidade, não podendo ser usados nem analogicamente os prazos dos artigos 1.003, 1.032 e 1.057 que dizem respeito a obrigações para com a sociedade.

Com efeito, conclui-se facilmente que se tratando de pretensões de direito subjetivo, a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção.

Todavia, tal não ocorre com os direitos potestativos, sujeitos à decadência.

O fato é que o Código Civil de 1916, malgrado tenha baralhado as hipóteses de prescrição e decadência, previu para a decadência a tipicidade das situações sujeitas a tal fenômeno.

O mesmo se diga para o Código Civil de 2002, que não possui, como para a prescrição, um prazo geral e amplo de decadência (salvo o contido no art. 179, específico para anulação de ato jurídico), fazendo a op- ção de elencar, de forma esparsa e sem excluir outros diplomas, os direitos potestativos cujo exercício está sujeito a prazo decadencial, seguindo a mesma linha da tipicidade até então existente.

Relativamente a prazos decadenciais, colhem-se, a título de exemplos, as seguintes hipóteses previstas no Código Civil de 2002: anulação dos atos constitutivos da pessoa jurídica (art. 45, § único, e 48, § único); anulação de negócio jurídico celebrado pelo representante em conflito de interesses com o representa- do (art. 119); anulação de negócio jurídico viciado (art. 178); direito de redibição ou abatimento de preço

(art. 445); ação ex empto ou ex vendito (art. 501); direito de retrovenda (art. 505); exercício do direito de preferência de compra (arts. 513 e 516); revogação de doação por ingratidão (art. 555-558); anulação de deliberações tomadas em assembleia de sócios (art. 1.078, § 4º); anulação de casamento (arts. 1.555 e 1.560); impugnação de paternidade pelo filho menor (art. 1.614); anulação de negócio jurídico realizado à mingua de outorga uxória (art. 1.649); anulação de partilha (art. 2.027, § único).

Em suma, se não há regra específica conferindo prazo decadencial para o exercício de determinado direito potestativo (salvo as hipóteses de prazos subsidiários, como é o caso do art. 179 do CC/02), tal exercício não estará sujeito a prazo algum.

Esse é o magistério de Agnelo Amorim Filho - um dos primeiros a sistematizar o estudo da prescrição e da decadência do direito brasileiro -, no sentido de que, em relação aos direitos potestativos para cujo exercício a lei não vislumbrou necessidade de prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso.

Com base nessas premissas, os direitos potestativos sem prazo fixado em lei são perpétuos, podendo, desse modo, ser exercidos a qualquer tempo, seja por meio de simples declaração de vontade, seja via ação constitutiva.⁶

Ademais, a simples possibilidade de haver decadência extra legem, aquela acertada entre as partes convencionalmente (art. 211 do Código Civil de 2002), revela que pode haver, ao menos em tese, situações a envolver direitos potestativos não reguladas em lei, ficando a cargo dos particulares o estabelecimento dos prazos decadenciais que lhes melhor convier.

À ausência de acerto nessa seara, as situações jurídicas quedam-se não reguladas, no tocante a eventual prazo de exercício de direitos.

À mingua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer momento.

E o próprio projeto do novo Código de Processo Civil, que de forma inédita disciplina um incidente para a medida, parece ter mantido a mesma lógica e não prevê qualquer prazo para o exercício do pedido.

Ao contrário, enuncia que a medida “é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial” (art. 77, parágrafo único, inc. II, do PL n. 166/2010).

No entanto, o STJ já decidiu que a regra do art. 1.032 do CC não tem aplicação quando se trata de desconsideração da personalidade jurídica.

Correspondendo a direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso.

Descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos prescricionais previstos para os casos de retirada de sócio da sociedade (arts. 1003, 1.032 e 1.057 do Código Civil), uma vez que institutos diversos.

5 CONCLUSÃO

A par de todas as considerações acima, temos que, o Novo Código de Processo Civil trouxe procedimento processual próprio na Desconsideração da Personalidade Jurídica principalmente com o reforço ao princípio do contraditório nas hipóteses em que houver o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, seja este feito por meio da petição inicial ou através do incidente de desconsideração.

Cumprindo ainda registrar que, a Lei 13.105/2015, não abarcou nenhuma nova hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim a sua normatização no aspecto processual.

Isto quer dizer que, as regras viabilizadoras da desconsideração da personalidade jurídica, continuarão sendo aquelas previstas nas mais diversas leis materiais, tais como o art. 50 do Código Civil, o art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, o art. 4.º, da Lei 9.605/98, o art. 34, da Lei 12.529/2011 e também a regra do art. 14, da Lei 12.846/2013, que autoriza a desconsideração no bojo de um processo administrativo.

Assim, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica é tratado, como uma nova modalidade de Intervenção de Terceiros.

Foi salutar a nova normatização, pois, há anos haviam diversas celeumas em razão de ausência de um norte legal.

O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137) 3. Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica à questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC. 2a ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 205;

C MARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro. 2. ed.** São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil. 2a ed.** São Paulo: Método. 2015. P. 145

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo.** São Paulo: Malheiros, 2016. P. 335

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC. 2a ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 213

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil. 3a ed.** São Paulo: Saraiva, 2017. P. 186

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo.** São Paulo: Malheiros, 2016. P. 214-215

Vide BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil. 3a ed.** São Paulo: Saraiva, 2017. P. 185

TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3104>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine).** In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

DIDIER. Fredie. **Fórum Permanente de Processualistas Civis**

MEDINA. José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: RT, 2015

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil. 8ª ed.** Ed. Juspodvm: Salvador, 2016.

MASSON. Cleber. **Interesses difusos e coletivos esquematizado. 5ª ver.** São Paulo: Método 2016.

<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/395467082/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-a-fraude-a-execucao-no-ncpc>

KÜMPEL, Vitor Frederico. **A desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI218182,81042-A+desconsideracao+da+personalidade+Juridica+no+novo+CPC>>. Acesso em: 19 fev. 2016

<http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/>

A FAMÍLIA MULTIPARENTAL E O ACESSO À JUSTIÇA NO ACRE



Rafael Figueiredo Pinto

RESUMO Em cotejo com discussões legislativas recentes, ocorridas no Acre, acerca do conceito de família e sua extensão legal, o trabalho em evidência tem por escopo analisar a multiparentalidade enquanto possível arranjo familiar na realidade brasileira e seu tratamento pelo sistema de justiça. Para tanto, emprega-se nesta obra o método qualitativo, com peculiar atenção às lições provenientes da jurisprudência pátria, bem como da doutrina nacional e estrangeira de CAPPELLETTI e GARTH (1988), DIAS (2016), TARTUCE (2017) e CUNHA JÚNIOR (2018). Ponderados os entendimentos sobre o tema, como conclusão, o estudo reputa o reconhecimento à multiparentalidade um direito constitucional, passível de ser assegurado a qualquer pessoa, judicial ou extrajudicialmente, com o apoio das instituições componentes do sistema de justiça acreano, se necessário for.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Arranjo familiar. Direito constitucional. Acesso à justiça.

ABSTRACT In comparison with recent legislative discussions in Acre about the concept of family and its legal extension, the present work aims to analyze multiparenting as a possible family arrangement in the Brazilian reality and its treatment by the justice system. To this end, the qualitative method is used in this work, with particular attention to the lessons derived from the case law of the country, as well as the national and foreign doctrine of CAPPELLETTI and GARTH (1988), DIAS (2016), TARTUCE (2017) and CUNHA JÚNIOR (2018). Considering the understandings on the subject, as a conclusion, the study considers the recognition to multiparenting a constitutional right, which can be assured to any person, judicially or extrajudicially, with the support of the institutions of the acrean justice system, if necessary.

Keywords: Multiparenting. Family arrangement. Constitutional right. Access to justice.

INTRODUÇÃO

Em 2018, em Rio Branco - AC, diversos segmentos da sociedade foram surpreendidos com a aprovação, no âmbito da Câmara de Vereadores da referida capital, da Lei Complementar n.º 46, de 02 de maio de 2018, que dispõe sobre o Estatuto da Vida e da Família e dá outras providências. O motivo da surpresa, que em verdade, neste caso, é uma mistura de incredulidade e de indignação para muitas pessoas, deu-se quanto à aparente limitadíssima compreensão de alguns vereadores acerca do que se entende pelo conceito legal de família. Eis o teor do art. 2º do referido diploma normativo:

Para os fins desta Lei Complementar, reconhece-se como família, base da sociedade, credora de especial proteção, em conformidade com o art. 226 da Constituição Federal, a entidade familiar formada a partir da união de um homem e de uma mulher, por meio de casamento ou de união estável, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos.

Embora à época da tramitação o então projeto de lei tenha sido vetado pela Chefe do Poder Executivo Municipal, a medida foi derrubada por número expressivo de vereadores em nova votação, tornando a matéria lei propriamente dita.

Em tempo, a constitucionalidade da lei, por inteiro considerada, está sendo questionada judicialmente mediante ação própria, pelo Ministério Público do Acre e pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Acre (OAB-AC).

Por ora, a julgar pelo teor do acórdão prolatado no âmbito dos processos 0800004-89.2018.8.01.0900 e 1000941-02.2018.8.01.0000, que declara a inconstitucionalidade da lei, o imbróglio parece tomar contornos definitivos.

A despeito da lide em questão, convém indagar, sobretudo a partir da leitura do dispositivo de lei acima em destaque, se os arranjos familiares possíveis, reconhecidos e protegidos hodiernamente em nosso ordenamento jurídico, restringem-se àqueles previstos na Lei Complementar Municipal n.º 46/18.

É possível afirmar, desde já, que não. Não só a Constituição (a qual supostamente busca a Lei Complementar em apreço, em parte, reproduzir) revela um grande rol de composições familiares, mas também, no mesmo sentido, outras fontes do direito brasileiro.

Assim, o presente trabalho tem por finalidade explorar, dentre o vasto campo de parentalidades, sob a perspectiva sociojurídica, a família multiparental e abordar as diversas formas através das quais a Justiça confere garantias e direitos a este arranjo familiar.

2 A MULTIPARENTALIDADE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Há muito destacara Aristóteles que o ser humano é um animal político, um ser social, que se une ao seu semelhante em prol de objetivos comuns. No âmbito da família, núcleo que tem a afetividade por valor essencial, para muito além da consanguinidade, não é diferente. Desde tempos remotos, famílias são constituídas sob diferentes arranjos, o que sugere que o Direito não as cria, mas tão somente as reconhece ou não como fenômenos sociais já consolidados.

Com o decurso do tempo, sob o viés jurídico, os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana, de modo que a família passou a ser vista como instrumento para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes (DIAS, 2016).

Entre as diversas formas de composição, sem a pretensão aqui de esgotar todas existentes, é possível destacar as seguintes famílias: heteroparentais; monoparentais; anaparentais; pluriparentais; naturais, extensas ou ampliadas; substitutas. Todavia, para fins de delimitação do objeto nesta obra, ter-se-á por alvo a família multiparental ou pluriparental.

Exige-se, para o reconhecimento da filiação pluriparental, a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas, destacando-se que tal medida se dá sob o prisma da visão do (a) filho (a), que passa a ter dois ou mais novos vínculos familiares (DIAS, 2016).

A filiação, neste caso, pode ser de natureza biológica ou socioafetiva, e pode adequadamente ocorrer em composição familiar homoafetiva ou heteroafetiva. Isto é, pode uma criança, por exemplo, ter em seu registro civil de nascimento três mulheres no campo referente à filiação.

Por outro lado, as situações ora expostas podem parecer inadmissíveis para os exegetas que realizam uma interpretação restritiva e literal do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que possui o seguinte teor:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Para esse grupo de pessoas, por ausência de previsão constitucional, não só as uniões entre as pessoas do mesmo sexo não seriam possíveis, como também as famílias multi ou pluriparentais. Admitir-se-ia tão só como arranjos familiares possíveis, de acordo com a literalidade do dispositivo citado, a heteroafetiva ma-

trimonial ou extramatrimonial e a monoparental, o que certamente não se coaduna com a realidade, sendo este o erro no qual incorreram a maioria dos nobres vereadores da Câmara Municipal de Rio Branco, quando da edição da Lei Complementar n.º 46, de 02 de maio de 2018.

Ora, se a sociedade fosse uma grande locomotiva social, possível seria afirmar que o Direito seria seu último vagão. É que esta ciência acompanha – ou deveria acompanhar – todas as mudanças que ocorrem nos diferentes segmentos sociais, de forma a regular ou tutelar os interesses e os anseios relevantes aí verificados.

Soma-se ao exposto que há muito a Constituição não é entendida como um sistema fechado de normas e dispositivos que busca, entre direitos e garantias, de forma estanque prescrever deveres ao povo; pelo contrário, a Constituição, por possuir um sentido cultural, como bem destacou o eminente doutrinador alemão Karl Loewenstein, deve ser vista como um sistema aberto de normas que conforma a sociedade com suas disposições e, como um organismo vivo, se deixa conformar pela realidade a que dirige. Apenas dessa maneira ela assegura a sua força normativa (CUNHA JÚNIOR, 2018).

Ante o exposto, não sem resistências iniciais, sobretudo de grupos conservadores, diversas decisões judiciais, em todo país, emanadas primeiramente nas primeiras instâncias da Justiça, passaram a reconhecer a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo e os arranjos familiares multiparentais. São algumas decisões emblemáticas sobre as matérias:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (...) 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. (...) 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4). RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RECORRIDO: L M B G. ADVOGADO: MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA. Julgado em 10.08.2010. (grifos meus)

Rio Grande do Sul - Apelação cível. Declaratória de multiparentalidade. Registro civil. Dupla maternidade e paternidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Julgamento desde logo do mérito. Aplicação artigo 515, § 3º do CPC. A ausência de lei para regência de novos. E cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da “legalidade”, “tipicidade” e “especialidade”, que norteiam os “Registros Públicos”, com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se

compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), “objetivos e princípios fundamentais” decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infraconstitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da “multiparentalidade”, com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. Deram provimento. (TJRS, AC 70062692876, 8º C. Cív., Rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015) (grifos meus).

“Relação homoafetiva e entidade familiar – 1. (...). Após mencionar que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não atrelamento a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF/1988, art. 226, caput). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF/1988, art. 226, § 3.º ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1.º a 4.º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não discriminação e outros” (...) (STF, ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 04 e 05.05.2011) (grifos meus).

Assim, embora a redação do art. 226 da CF/88 tenha se mantido intacta ao longo dos anos, seu sentido foi sensivelmente alterado de maneira a abranger outros arranjos familiares como passíveis de proteção constitucional, para além dos tradicionais. A esse processo informal de alteração do sentido de dispositivos da Constituição, por meio de interpretações, dá-se o nome de mutação constitucional.

Essa atuação por parte dos Tribunais brasileiros representa a absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento jurídico, de uma doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito da sua felicidade, isto é, um preceito que desloca o sentido da proteção jurídica da família, historicamente ligada à instituição, para o sujeito enquanto integrante dela (DIAS, 2016).

Em verdade, não seria necessário o exercício desse protagonismo pelo Judiciário se o Poder Legislativo tivesse um olhar cuidadoso sobre tal tema. Nesse sentido, em circunstâncias como essas, como bem destaca

o eminente doutrinador Flávio Tartuce, faz “o Tribunal Constitucional o seu papel democrático, servindo, mais uma vez, como um contrapeso à inércia conservadora do Congresso Nacional Brasileiro” (TARTUCE, 2017, p. 877).

3 DAS FORMAS DE ACESSO À JUSTIÇA: O EXEMPLO DO ACRE

Antigamente, ante a ausência de procedimentos administrativos e extrajudiciais que viabilizassem o reconhecimento da família multiparental, necessário se fazia levar tal questão ao conhecimento do Poder Judiciário. No passado, sendo esta a única via adequada para tratar acerca da matéria, dezenas de ações declaratórias eram ajuizadas diariamente pela Defensoria Pública ou por advogados privados, o que sobrecarregava a Justiça acreana.

Os casos de multiparentalidade não carregam, em regra, divergência de interesses entre as partes envolvidas, o que sugere uma natureza não conflituosa existente nessas demandas. Desta forma, tão logo fosse demonstrado o laço afetivo desenvolvido ao longo do tempo com a criança a qual se pretendia a filiação, por exemplo, o juiz reconhecia o referido vínculo e determinava que fosse realizado o acréscimo do nome da pessoa requerente no campo pertinente à filiação, no documento registral da criança. Seria possível, então, neste mesmo documento constar, em igualdade de condições, genitor biológico e genitor socioafetivo.

Com a jurisprudência nacional já pacificada a respeito do tema, não eram poucas as vozes que questionavam, com razão, a necessidade de o Judiciário ser o único caminho para o reconhecimento desta composição familiar.

Nessa toada, em meio ao recente esforço global feito pelo Poder Judiciário Brasileiro pela extrajudicialização de conflitos e a priorização de meios consensuais para resolução de demandas, se encontra a edição de provimentos com vistas à regularização e simplificação de matérias de direito de família, dentre elas a multiparentalidade.

Considerando a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços notariais e de registro (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça - CNJ), em 2017, o referido órgão emitiu o Provimento n.º 63, que instituiu a possibilidade de reconhecimento voluntário da maternidade e ou da paternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. Ou seja, com o advento da medida, passou a não ser mais necessário o reconhecimento do vínculo socioafetivo através de decisões judiciais.

Uma outra inovação do referido provimento foi determinar que os documentos não tenham quadros preestabelecidos para o preenchimento de genitores (genericamente, há apenas o campo “filiação”, agora). Isso permite que um recém-nascido, por exemplo, tenha duas mães, dois pais ou até mesmo uma filiação entre três pessoas, como dois pais e uma mãe.

Tendo em vista a possibilidade de casamento civil às pessoas do mesmo sexo e o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, no caso de um casal homoafetivo, de acordo com o Provimento n.º 63/17, deverá constar o nome dos ascendentes sem referência quanto à ascendência paterna ou materna, já que do ponto de vista jurídico não haverá diferença entre eles.

Convém, novamente, frisar que todo o procedimento acima descrito é realizado extrajudicialmente, o que possibilita uma pessoa alcançar justiça para seu caso sem a tradicional participação do Poder Judiciário. Ou seja, o acesso a este Poder, um direito constitucionalmente assegurado a todos e consubstanciado no art. 5º, XXXV, da CF/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”), não consiste no único meio disponível ao cidadão para a obtenção de justiça.

Assim, natural é a percepção de que o acesso à justiça consiste em expressão ampla, que não só contempla o acesso ao Judiciário, mas também outros mecanismos. Ademais, independentemente dos meios utilizados pelo Estado, a apreciação da demanda deve promover, ao final, resultados individual e socialmente justos. Neste sentido, destacam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998):

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual

as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p.8).

Considerados os aspectos conceituais do acesso à justiça, cumpre afirmar que, no Acre, há repartições administrativas denominadas Ofícios de Registro Civil que podem retificar assentos, de modo a crescer, suprimir ou alterar nomes. Essa é uma forma extrajudicial que as pessoas interessadas na formação da família multiparental possuem para alcançarem seus objetivos.

Como instrumento do regime democrático, responsável pela promoção dos direitos humanos e pela defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, a Defensoria Pública dispõe, com base no art. 134 da CF/88, de uma gama ampla de atividades em favor do seu público-alvo: prestação de orientações jurídicas (esclarecimento acerca de direitos etc.) e o ajuizamento de ações judiciais de retificação de registro (pedidos de reconhecimento da família pluriparental, por exemplo), dentre muitas outras.

Nessa matéria, não raro a Defensoria Pública do Estado do Acre desenvolve, em atuação conjunta com a sociedade civil e/ou outras instituições parceiras, atividades acadêmicas sobre o tema, vide a realização do “Fórum Parentalidades: direitos e cidadania no século XXI”, ocorrida em 21 de maio de 2018, bem como realiza ações em caráter itinerante, visando promover cidadania e afirmação de direitos em muitos locais, sobretudo os que são mais populosos ou longínquos, de maneira a permitir que toda pessoa necessitada do estado tenha efetivo acesso à justiça.

De semelhante maneira, o Ministério Público do Estado do Acre também realiza atividades ligadas à educação de direitos na área cível, possuindo um belo histórico de defesas em prol do reconhecimento das famílias multiparentais. No exercício da defesa da ordem jurídica (art. 127 da CF/88), este órgão recentemente ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face de dispositivos da Lei Complementar n.º 46/18, como mencionado outrora. Outra forma de atuação é mediante o oferecimento de manifestações em processos judiciais de retificações de registro, pelo deferimento ou indeferimento dos pedidos formulados pela parte interessada.

Também, o Poder Judiciário tem relevante papel no reconhecimento do fenômeno da multiparentalidade. De forma inédita, em 2014, a partir de provocação feita por um grupo de interessados assistidos pela Defensoria Pública, que almejava fazer constar na certidão de nascimento de uma adolescente o nome de dois pais, o Poder Judiciário Acreano, por meio do magistrado Fernando Nóbrega, da 2ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco, considerou que o vínculo familiar não pode ser atribuído apenas ao elemento genético, sendo perfeitamente possível a alteração de assentamento civil de modo a contemplar a paternidade registral e a socioafetiva.

Outro importante agente constitucional é o advogado. Ele é indispensável à administração da justiça, nos termos do art. 133 da CF/88. Entre suas tradicionais atribuições está a materialização em petição das pretensões das famílias interessadas no reconhecimento da multiparentalidade. Seu órgão de classe, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), desenvolve relevante trabalho social ao não só repudiar, por exemplo, no Acre, o teor da Lei Complementar n.º 46, de 02 de maio de 2018, que dispõe sobre o Estatuto da Vida e da Família e dá outras providências, emanada da Câmara de Vereadores de Rio Branco, como também questionar a inconstitucionalidade de dispositivos desse ato normativo.

Como se percebe, entendido o acesso à justiça sob uma perspectiva ampla, uma série de instituições revelam-se hábeis a tutelarem e guarnecerem os interesses do cidadão acreano. Sem a pretensão de esgotar todo o rol de legitimados, foi feita uma breve exposição funcional de alguns dos principais atores sociais no tema em questão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família multiparental é uma realidade. É um fenômeno que sempre existiu e sempre irá existir. Essa percepção parece ter alcançado satisfatoriamente a comunidade jurídica brasileira e acreana, pois, como buscou demonstrar o presente trabalho, o tema neste âmbito tem obtido reconhecimento e, consequente-

mente, guarida legal.

O Acre, em particular, vivenciou em momentos distintos fases peculiares. Se em 2014 o estado apresentou certo ineditismo em julgado que reconheceu a possibilidade de constituição de família multiparental; por outro lado, a Câmara de Vereadores de sua capital, na contramão do que preconiza a realidade e todas as ciências sociais, aprovou vergonhosa lei que não contempla o arranjo pluriparental como composição familiar.

Ainda que a Lei Complementar n.º 46, de 02 de maio de 2018, que dispõe sobre o Estatuto da Vida e da Família e dá outras providências, tenha, em caráter definitivo, seu completo teor ou alguns de seus dispositivos declarados inconstitucionais por força de provimento jurisdicional, críticas duras não podem deixar de ser feitas em seu desfavor, por uma série de motivos já expostos, respeitadas as opiniões contrárias, salutaras no ambiente democrático.

Apesar dos eventos narrados, a experiência relatada no Acre revela uma lição positiva: a de que será prontamente repelida, pela sociedade civil e por órgãos constitucionais, qualquer tentativa de obstrução de reconhecimento das famílias multiparentais ou de negativa de direitos a estas instituições, que são genuinamente fundadas no afeto e em muitos outros nobres sentimentos.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 12º Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** (livro eletrônico) / Maria Berenice Dias. 4.ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense São Paulo: MÉTODO, 2017.

Páginas da internet:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5387/em+decis%C3%A3o+in%C3%A9dita,+justi%C3%A7a+acrena+reconhece+o+direito+%C3%A0+multiparentalidade>. Acesso em 22/10/2019.

http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf. Acesso em 22/10/2019

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL



Vera Lúcia Bernardinelli

RESUMO Não cabe ao Direito Penal a proteção de todos os bens jurídicos, mas apenas daqueles mais importantes, ou seja, vitais, de tal forma que se violados causem danosidade ou abalo social. E quanto mais importante for o bem maior será a tutela penal. É de competência do legislador a criação de tipos penais e as respectivas sanções de acordo com a importância do bem jurídico penalmente protegido (proporcionalidade abstrata ou legislativa). Também cabe ao juiz, quando da prolação da sentença, a individualização da pena de acordo com o caso concreto (proporcionalidade concreta ou judicial). Desse princípio decorrem, ainda, os critérios de necessidade e adequação da pena. Ela deve ser necessária por não existir outra apta a reprová-la. Adequada por possibilitar o resultado pretendido, ou seja, a retribuição e a prevenção geral e a especial. O artigo que se segue estudará o Direito Penal, a Insignificância e a Adequação Social.

Palavras-chave: Insignificância. Adequação Social. Direito penal.

ABSTRACT It is not for criminal law to protect all legal property, but only the most important in such a way that violations cause damage or social unrest. And the more important the good, greater the criminal protection. It is the legislator's responsibility to create criminal types and their sanctions according to the importance of the criminally protected legal good (abstract or legislative proportionality). It is also up to the judge, when the sentence is rendered, to individualize the penalty according to the specific case (concrete or judicial proportionality). From this principle also derive the criteria of necessity and adequacy of the penalty. It must be necessary because for do not exist other apt to reprove the conduct. Suitable for enabling the desired outcome, i.e. retribution, and general and special prevention. The following article will study Criminal Law, Insignificance and Social Adequacy.

Keywords: Insignificance. Social adequacy. Criminal law.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 1º, caput, definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito, significando não apenas que todos devem ser submissos ao império da lei, mas que as leis possuam conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade. De fato, os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente automática dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica, olvidando-se de qualquer apreciação do injusto.

Por consequência, o direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, que atuam como garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal.

As legislações penais nos Estados modernos fazem uso excessivo do instituto da pena e hipertrofiaram o Direito Penal à medida que o utilizam para disciplinar áreas sociais antes submetidas à disciplina do Direito Administrativo, Direito Civil etc. Contrariam, assim, a tendência de mínima intervenção da Lei Penal na realidade social e, também, os princípios basilares do Estado de Direito.

Nesse contexto de máxima intervenção penal, muitos fatos sociais são alcançados pela descrição abstrata

do tipo penal, e algumas dessas condutas formalmente típicas não apresentam nenhum significado jurídico para o Direito Penal, devido a seu insignificante poder ofensivo contra o bem jurídico penalmente tutelado. Em face de tais circunstâncias, foi formulado o Princípio da Insignificância em matéria penal, para excluir da incidência penal as condutas formalmente típicas que, em razão de sua ínfima lesividade, não chegam a pôr em risco o bem jurídico-penal tutelado.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

É incontestável a correlação intrínseca dos costumes e regras sociais com o Direito propriamente dito. A criação e normatização de qualquer ordenamento jurídico advém de maneira avassaladora dos hábitos sociais presentes dentro de uma determinada realidade. O fato social é que dá causa à criação de regras sociais. Ambos se influenciam a todo instante. Corrobora-se tal pensamento através da famosa expressão: *Ubi societas, ubi jus* sem sociedade, não há Direito.

As formas que dominam a funcionalidade da vida social não são exercícios meramente fáticos, mas ordenamentos históricos que se aperfeiçoam e se desenvolvem no interior das relações das condições entre a objetiva existência da vida (por exemplo o desenvolvimento técnico) e as atitudes valiosas, com as quais a comunidade responde valorando e ordenando sobre a correspondente existência do ser. Os fatos sociais são a expressão da exteriorização da maneira de pensar, sentir e agir dos participantes de uma determinada sociedade. São situações corriqueiras que ocorrem assiduamente no cotidiano. Referem-se a valores morais, religiosos, costumes e hábitos.

O Direito Penal de um Estado democrático e social somente se justifica como um sistema de proteção da sociedade e de seus valores mais transcendentais, sendo que os interesses sociais que por sua importância podem merecer a proteção do Direito, se denominam bens jurídicos.

Explica Prado (2015, p. 52) que nem todo tipo penal possui um objeto da ação, vide os delitos de mera atividade, ao contrário do bem jurídico, já que, *“somente através dele, ao fundamentar a ilicitude material da conduta reprovada, confere-se legitimidade à intervenção penal editada pelo legislador”*.

Para Silva (2011, p. 24), *“os crimes descritos nas normas penais são o último grau do sistema jurídico, justificando sua existência para a proteção dos direitos essenciais ao homem”*.

Mirabete (2015, p. 58), por sua vez, afirma que o Direito Penal tem uma aspiração ética, já que *“a sua finalidade consiste em impedir a ocorrência de crimes que afetem os bens jurídicos penalmente tutelados de um modo que seja intolerável, sendo esta a razão de seu caráter preventivo”*. Nesse contexto, Carvalho (2016, p.44) explica que, *“a correta compreensão da lesividade no âmbito penal passa por uma reflexão acerca do próprio conceito de bem jurídico”*.

Adverte Sánchez (2011, p. 408) que a determinação do conteúdo do conceito de bem jurídico não deve servir de mero escudo para a proteção penal de quaisquer tipos de interesses, estratégias ou convicções morais cuja lesão, no entanto, *“careceria de uma autêntica repercussão negativa na realização dos indivíduos como seres sociais”*.

Para Franz von Liszt (2006, p. 93):

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público.

Destarte, o bem jurídico-penal está relacionado com uma escolha, e esta deve refletir, na exata medida, a relevância do objeto. Os bens jurídicos são aqueles indispensáveis para a convivência humana, devendo, para tanto, serem protegidos pelo poder do Estado consubstanciado na pena. Nesse contexto, a questão da lesividade aponta para a criminalização de determinado comportamento atrelada à concreta identificação de

perigo real e efetivo a um bem jurídico tutelado.

A partir da proposta de proteção de bens jurídicos construiu-se o princípio da insignificância, base na qual se sustenta a atipicidade de comportamentos que agridam de maneira irrelevante o valor tutelado.

O legislador penal, em sua função legiferante, descreve abstratamente a conduta típica procurando colocar em seu arcabouço o maior número possível de atos humanos. Todavia, o Direito Penal não tem o papel de proibir condutas que não pioram a situação do bem jurídico protegido, porém a melhoram. Dessa forma, há ausência de um risco juridicamente relevante nas hipóteses em que o autor modifica o curso causal, de tal modo a diminuir o perigo já existente para a vítima, isto é, influência no resultado, em sua forma concreta.

Para proteger os interesses sociais mais relevantes, deve o Estado adotar primeiramente meios menos lesivos antes de empregar o Direito Penal. De acordo com Dias (1999, p. 79), “o Direito Penal constitui um instrumento de tutela subsidiária, ou seja, *ultima ratio* na proteção de bens jurídico-penais”.

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal não encontram amparo apenas neste ramo do Direito. Na verdade, ao selecionar tais bens jurídicos o Direito Penal o faz porque outro ramo já busca preservá-lo, ainda que de forma insuficiente. A essa circunstância, que lhe é característica, dá-se o nome de princípio da fragmentariedade. O axioma da subsidiariedade é um dos pilares do Direito Penal de cunho liberal, tanto que, como explica Dias, o conceito material de crime constitui-se, fundamentalmente, pela violação de bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Destarte, o princípio da fragmentariedade significa que nem todas as violações e ameaças a bens jurídicos devem ser resolvidas na seara penal. Segundo Prado (2002, p. 119), pelo princípio da fragmentariedade, os bens jurídicos apenas devem ser defendidos penalmente quando diante de agressões intoleráveis:

Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. [...] esclareça-se, ainda, que a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade.

Apesar de guardar proximidade com o princípio da intervenção mínima, deste difere. Nas palavras de Toledo (2000, p. 17):

Do ângulo penalístico, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas do Direito Penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais. Não se deve, entretanto, supor que essa especial proteção penal deva ser abrangente de todos os tipos de lesões possíveis. Mesmo em relação aos bens jurídicos-penalmente protegidos, restringe o Direito Penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão, real ou potencial. Protegem-se penalmente certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão.

O princípio da intervenção mínima significa que ao Estado somente compete intervir subsidiariamente, ou seja, quando nenhum outro ramo do direito é apto a dar a resposta para o conflito social, atuando, desse modo, como *ultima ratio*. O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só dever atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. (PRADO, 2015).

Simplificando a questão, seria defensável afirmar que a questão se refere à ponderação do mal menor, isto é, a indiferença estatal à lesão do bem jurídico ou o emprego do Direito Penal para proteger e evitar

lesões e ameaças ao bem jurídico.

Portanto, o exercício do *jus puniendi* só se encontra legitimado quando tiver por função reprimir condutas materialmente lesivas ao bem jurídico atacado, já que a missão do Direito Penal é tutelar os bens jurídicos penalmente relevantes. Assim, o juízo de tipicidade penal, em razão da concepção material do tipo, apenas considerará típica a conduta que concretamente lesionar o bem jurídico-penal tutelado, não sendo suficiente para configurar o delito a simples tipicidade formal, que consiste na mera adequação do fato realizado com a descrição abstratamente prevista.

A lesividade assume, deste modo, a característica de restrição à incidência do tipo incriminador, uma vez que, com o balizamento que produz, deixa evidente que apenas haverá enquadramento de determinada conduta se agredido ou ao menos em risco concreto de agressão estiver o bem jurídico regrado na Constituição Federal.

O Princípio da Insignificância tem lugar para corrigir a discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, visando afastar a incidência da lei criminal sobre as condutas típicas penalmente insignificantes. Dessa feita, toda conduta típica que não venha a concretizar o conteúdo material do tipo penal, ou seja, que não lesione materialmente o bem jurídico tutelado, deverá ser excluída do âmbito da lei criminal em razão de sua irrelevância jurídica para o Direito Penal, já que a sanção criminal deve ser empregada apenas contra as formas de agressões mais graves aos bens jurídicos penalmente protegidos.

Conforme Ponte (2008, p. 77), em relação à aplicação do princípio da insignificância:

Convém observar que a tarefa judicial de desconsiderar as condutas irrelevantes, apesar de tipificadas, deve ser absolutamente responsável e fundada em preceitos constitucionais, sob pena de o Poder Judiciário abandonar sua real vocação e usurpar funções próprias do legislador, ao puro arbítrio e talante do aplicador da lei; o que seria inaceitável.

Com efeito, o princípio da insignificância, não pode ser traduzido como excludente de punibilidade, mas sim como da própria tipicidade (material), implicando consequências jurídicas ao acusado. Logo, descaracterizando-se o aspecto material do tipo penal, a conduta passa a ser atípica, impondo-se o perdão ao agente. Por outro lado, caracterizado o aspecto material do tipo penal, a conduta passa ser típica, o que implicará a condenação do agente.

Desse princípio decorrem, ainda, os critérios de necessidade e adequação da pena. Ela deve ser necessária por não existir outra apta a reprovar a conduta. Adequada por possibilitar o resultado pretendido, ou seja, a retribuição e a prevenção geral e a especial. Para Bonavides (2013), a proporcionalidade pretende instituir a relação entre fim, meio e a situação de fato, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso, em que juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídicos fundamentais.

Quando se analisa a aplicação, ou não, de uma norma penal a determinado caso concreto, nada mais há do que aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, de um juízo de desproporção acerca da potencial incidência da sanção penal a uma dada situação fática. Observa-se então que o princípio da insignificância se relaciona com o princípio da proporcionalidade tendo em vista que o fundamento do princípio da insignificância está pautado na ideia de que a proporcionalidade que a pena deve manter em relação à significância do crime. No que se refere ao papel do Estado a partir da ótica do direito penal, destaca-se que ele exerce o *ius puniendi* (direito de punir), por isso tem o dever de aplicar uma sanção ao indivíduo que macula a norma jurídica, conseqüentemente, castigando-o. Sendo que o castigo demandado pelo Estado está previsto nas Leis, pois o direito de punir do Estado é legítimo, sendo sua legitimidade uma forma de conservar a sociedade de forma justa, conservando assim, a sociedade e os indivíduos, com a ausência do mal (BARROS, 2000).

Sobre direito criminal, destaca-se que a criminologia no século XIX se consolidou por meio da Escola Clássica, Escola Antropológica e a Escola Crítica.

Consoante a Escola Clássica, entende-se o crime praticado a partir do livre arbítrio do homem, por isso o crime não é entendido como resultado de fatores sociais ou biológicos, mas demanda de sua própria moral e por causa disso o homem deve ser responsável pelo crime que pratica. A Escola Antropológica, por sua vez, considera que um crime é praticado por um indivíduo que tem motivação para realizar o ato criminoso, ou seja, a sociedade e os fatores biológicos acabam por impulsioná-lo para agir dessa maneira (BARROS, 2000).

Para a Escola Antropológica, a cultura e a raça são elementos fundamentais para se compreender a criminalidade, principalmente porque a responsabilidade do criminoso pelo crime recaia sob o ângulo do determinismo biológico e social, pois o crime é resultado de condições físicas, morais e psicológicas as quais os indivíduos estavam suscetíveis em função do meio social em que estavam inseridos. Além disso, a Escola Antropológica centra seus estudos no indivíduo e não no crime dado o teor da sua ciência que faz parte das ciências humanas que estuda as relações sociais as quais o indivíduo está inserido, tal semelhante como os estudos sociológicos, sendo que os delinquentes eram tidos como marginais e desviantes denominados de criminoso natos (FELDENS, 2005).

Retomando a Escola Crítica, esta percebe o indivíduo como um ser social responsável socialmente, dividindo assim, o criminoso em duas categorias: o fraco de espírito, denominado de ocasional; e o criminoso nervoso, denominado de passional. E com base nos tipos de criminosos, a Escola Crítica vale-se do princípio da proporcionalidade da pena. A teoria darwinista e de Spencer explica a evolução do pensamento sobre a relação entre raça, mestiçagem e criminalidade, valendo-se, portanto, dos estudos de hereditariedade e meio social. Dessa maneira, a questão criminal dentro da sociedade brasileira está atrelada à raça, à cultura e à criminalidade, em que se pode destacar a figura de Nina Rodrigues, o qual trabalha a questão da responsabilidade penal das raças, enfatizando que a criminalidade e a imputabilidade são aspectos da evolução social e mental dos indivíduos, estabelecendo a dicotomia: raças superiores e raças inferiores (FELDENS, 2005).

Dessa forma, até o no final do século XIX, a raça não era fenômeno sócia, mas um fenômeno de ordem biológica e intrinsecamente hierárquico, conforme defendiam as teorias raciais europeias de sua época. Neste sentido, “tornar-se negras”, significava, para tais pensadores, não implicaria apenas uma degeneração racial advinda da miscigenação, mas também decadência psicocultural da raça branca. Conforme se pode perceber, de modo geral, o direito criminal se desenvolve, primeiramente, de forma preventiva, porque sua finalidade é prevenir o crime e não punir o infrator da ordem jurídico penal. Por isso, é que a atuação do direito criminal deve ser feita por meio de políticas públicas que proporcionem aos indivíduos oportunidades de se afastarem e não virem a cometer crimes. Assim, a pena tem um caráter secundário, e não é prioridade dentro do direito criminal (FELDENS, 2005).

Diante disso, o direito criminal tem como finalidade maior exercer um controle sobre a sociedade, sendo que este controle se baseia em princípios constitucionais fundamentais, que “repousam em um arcabouço de leis que garantem os direitos do cidadão”, o que foi intensificado com a Constituição Federal de 1988, principalmente por conta das cláusulas pétreas – não modificáveis pelo legislador infraconstitucional – que determinam o limite do direito de punir pelo Estado. Dentro desse contexto, o direito criminal repousa no contrato social, pois estabelece que todos na sociedade, estão submetidos a uma mesma regra. Nesse sentido, o:

[...] legislador infraconstitucional valora o sentimento do corpo social no tocante às condutas humanas e resolve, por meio do axioma, estabelecer quais condutas serão consideradas criminosas para a coletividade. Depois de estabelecidas e tipificadas estas condutas, o legislador vai estipular sanções e, por meio da legislação processual, como os indivíduos responderão perante ao aparelho judicial a fim de que a justiça seja aplicada (BARROS, 1998, p. 33).

Portanto, o direito criminal é responsável por sistematizar as normas, orientando o agir do Estado e dos indivíduos na sociedade, sem, contudo, infringir, a dignidade da pessoa humana, uma vez que este princípio destaca que o ser humano deve ocupar o centro das atenções do Estado, por isso devem ser proibidos somente comportamentos que lesem a sociedade socialmente e que prejudiquem o convívio social. A dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, sendo inerente ao ser humano e por causa disso, não

poder ser suprimido por conta de sua natureza. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e com responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (BARROS, 1998, p.34).

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser levado em consideração na intervenção mínima do Estado em virtude de se buscar garantir os direitos básicos do ser humano, em virtude do valor desta, e com base nisso, deve ser afastado todo tipo de crueldade e desrespeito à vida humana.

Nesse contexto, destaca-se o princípio da lesividade, este é reconhecido como princípio da ofensividade, que para Batista (1996, p. 91):

[...] transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que se possam ter as atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo –, o direito coloca face a face, pelo menos, dois sujeitos.

Desse modo, o princípio da lesividade proíbe as incriminações referentes a uma atitude interna do agente, bem como, proíbe incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor. Proíbe também, incriminações simples ou de condições existenciais e de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. O princípio da lesividade permite que o direito criminal proíba comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente e que atinjam bens de terceiros. Assim, o princípio da lesividade serve como norte ao legislador no sentido de observar as condutas que extrapolem a pessoa do agente e atinjam diretamente aos bens de outrem que são proibidas pelo Estado com base no Direito Penal. Além disso, tem-se o princípio da adequação social serve de orientação, para o legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais dentro do Código penal, sendo que condutas que no passado eram consideradas socialmente inadequadas se hoje forem aceitas pela sociedade farão com que o legislador afaste a criminalização, tal como se exige atualmente com a prática do jogo do bicho, conduta perfeitamente assimilada pela sociedade, que inclusive pratica jogos semelhantes que merecem a repressão oficial do Estado.

Portanto, a adequação social é importante porque é a maneira do legislador se orientar para a criação ou revogação de figuras típicas, por isso em determinada época e contexto o que é crime não será efetivamente em outro, pois condutas inadequadas podem vir a se tornar aceitas em outro ordenamento jurídico-penal, a partir do momento em que são perfeitamente assimiladas pela sociedade.

Conforme esses princípios, o direito criminal exerce um controle social cuja funcionalidade é a de que o legislador faça a transformação social dos conflitos desviantes, tendo em vista que a “*sociedade está em conflito devido à agregação social, e a convivência em comunidade faz com que diversos tipos de conflituosidade sejam detectados na sociedade*” (BARROS, 1998, p. 34).

O Direito mantém um liame extremamente tênue entre a tipificação da norma a vigor e as condutas sociais, costumes e hábitos presentes em uma determinada sociedade.

Nos dizeres de Welzel (2010), o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham certa relevância social. Emerge, então, a ideia de que se uma conduta é aceita socialmente, ou seja, que por sua adequação social não é malquista pela sociedade, também não pode ser tipificada penalmente. A constituição dos delitos, bem como a sua normatização, está intimamente relacionada com o que a sociedade em geral considera permitido ou adequado. O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade que certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois, muitas vezes, há um des-

compasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. Imaginem o caos se fossem processadas por lesão corporal todas as mães que furam as orelhas de suas filhas, ou os tatuadores no exercício de seu trabalho.

Apesar da aparência putativa de delitos típicos, comportamentos como os acima descritos encontram-se fora da seara do proibido por se tratar de condutas aceitas e ponderadas como normais dentro da sociedade.

Hans Welzer, o precursor da teoria da adequação social, nos leciona que não há a necessidade de adequação literal da conduta no meio social, basta o seu mero reconhecimento para que surja a dissonância ululante entre duas realidades que devem viver atreladas. É claro que se perfaz de suma importância que seja sempre respeitado o direito à vida, bem maior a ser tutelado pelo nosso Código Penal e por nossa Carta Magna. Segundo ele, a conduta adequada socialmente nem sempre é exemplar, porém é ela que traduz o significado social, expresso de maneira funcional dentro de todo o âmbito de convívio das pessoas.

Analisando essa teoria, tem-se que a norma jurídica advém de um incômodo social. Existe a necessidade de que haja a afetação a um bem jurídico. Caso não exista tal afetação, sob a égide de uma interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais, pode ocorrer a exclusão do resultado típico. Essa exclusão se daria dentro de um contexto de desvalor do estado de coisas, pois não há a presença de um resultado passível de tipificação material diante da falta de reprovabilidade social da conduta.

A adequação social nesse primeiro nível, de ordem geral, corresponde a um juízo feito pelo legislador mediante o qual procede-se a uma valoração do comportamento, constituindo, na realidade, um critério valorativo externo no âmbito da interpretação de sentido dos tipos e de caráter extra-sistemático, e funciona como uma causa de exclusão do desvalor penal do resultado. Já o segundo nível, trata-se de uma justificação da conduta. Esse nível é também conhecido como concreto. Essa segunda nomenclatura surgiu para alcançar o concreto e preciso fim da causa de justificação.

A adequação social hoje é tida por grande parte dos penalistas como um princípio geral de interpretação, um critério de interpretação. Como tal depreende-se que é impossível trazer o conceito de dolo a partir da vontade e consciência de afetar um bem jurídico que é tido como socialmente aceitável e permitido. Cabe ressaltar que a corrente que a destaca como causa de excludente de tipicidade material vem se fortalecendo. Como exemplo de atos atípicos materialmente, cito os efeitos colaterais ocasionados pela ingestão de determinados medicamentos receitados por um médico para tratamento de alguma enfermidade, as lesões advindas da prática de esporte ou mesmo de uma intervenção cirúrgica, a destruição de bem material realizada por empresa de demolição regularmente contratada entre muitos outros. Nessa seara, deve-se ter o cuidado para não confundir o conceito do princípio da adequação social com a teoria do risco permitido. O risco permitido prevê a realização de ações dolosas típicas, caso sejam imprescindíveis. Porém não pode haver um excesso nessa ação. O sujeito deve limitar-se à necessidade de aplicação daquela conduta, como ocorre nos casos do direito de correção ou disciplina a coação ou privação da liberdade devem se limitar ao fim correcional, ou tais como no exercício do dever legal, prática de esportes violentos, entre outros.

Tanto as adequações sociais como o risco permitido culminam na ausência de um resultado penalmente típico. Todavia sua exclusão se dá de formas distintas, ocorrendo na adequação social através da interpretação teleológico-restritiva. No risco permitido, ela ocorre da impossibilidade de desvalorar no Direito Penal um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa. É cediço, ainda, que tal princípio não seja estático. Ele se encontra sempre em transformação, no mesmo compasso em que se modificam os valores que regem a sociedade, sejam eles fatores culturais, históricos ou costumeiros. Condutas como a capoeira, que outrora já foram passíveis de punição, hoje integram nossa cultura. Em contrapartida, condutas antes não punidas, hoje se tornaram típicas, como os maus tratos aos animais, por exemplo.

Assevera-se aqui a importância da valorização desse princípio desde o fazimento da norma, até sua possível abolição. No que tange aos possíveis efeitos jurídicos da aplicabilidade efetiva desse princípio na regência de casos concretos, a doutrina criou três mecanismos passíveis desta aplicação principiológica. Veja-se:

a) Descriminalização afeta a estrutura legislativa ao reestruturar o ordenamento jurídico de forma a abolir a tipificação de determinada conduta antes tida como crime, através do instituto do abolicio criminis, como ocorrera com a blasfêmia, o adultério, o homossexualismo e a prostituição;

b) Despenalização reduz a pena do delito sem descriminalizá-lo. Portanto, passam-se a aplicar medidas

alternativas de sanção em detrimento da privação de liberdade. A exemplo, cito o porte ou uso de drogas para consumo próprio art. 28, parágrafo 1º, Lei 11.343/06;

c) Desconsideração judicial da tipicidade tem natureza judicial e trata-se da aplicação do princípio pela discricionariedade do magistrado diante da complexidade do caso concreto em tela.

Cumpra ainda perquirir que outros princípios são essenciais para traçarmos a plena compreensão acerca dos institutos que envolvem a adequação social: o princípio da insignificância, fragmentabilidade, intervenção mínima do Estado, legalidade e lesividade.

O Direito Penal não pode ser aplicado pela mera imoralidade de uma ação ou omissão. Isso não basta para que se vislumbre a possibilidade de aplicação de uma sanção. É imprescindível que haja uma ofensa efetiva a um bem jurídico a ser tutelado. Deve haver a lesão ou o perigo eminente de lesão a um bem jurídico determinado.

O bem jurídico, como bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e tem suficiente importância para manter a livre convivência social. O conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Dentro do contexto apresentado, esse princípio tem por objetivo guiar a atividade legiferante e também servir de critério interpretativo em atenção ao caso concreto. Tem-se, assim, uma duplicidade de função, determinada pela sua atuação político-criminal. Por fim, não há que se falar em ação penal repressiva do Estado caso não se configure o efetivo e concreto perigo ou lesão a um bem jurídico já tutelado.

A insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, consequentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível estabelecer a simples luz de sua consideração isolada. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal estipulou alguns requisitos para a aplicação coerente deste princípio. São eles: mínima ou nenhuma periculosidade, reprovabilidade, ofensividade e lesividade.

O significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis de tutela de todos os bens jurídicos. E nesse âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal. O significado desse princípio se traduz pela limitação do Direito Penal em tutelar os bens jurídicos inerentes ao convívio social, ou seja, há uma tutela seletiva, sob a égide de perceber que nem todos os bens são por ele protegidos.

Ademais, deve ainda ser indiscutível a relevância de quão gravídica e intensa foi a lesão/ofensa ao bem jurídico em comento. Logo, conclui-se que a proteção imposta penalmente não é absoluta e sim relativa, posto a essencialidade que a agressão realizada seja socialmente intolerável. Nota-se que desse sistema descontínuo de seletividade dos bens jurídicos a serem protegidos e a consequente criminalização perante a imprescindibilidade de proteção jurídica-penal, extrai-se essa característica fragmentária, dividida ou fracionada da ciência penal.

3 CONCLUSÃO

Não se deve punir alguém por um fato, mesmo que descrito em lei, se a conduta praticada é aceita ou tolerada pela sociedade. Assim, mesmo que tipificada pela lei como conduta criminosa, o sujeito que a cometeu não merece punição, já que a seu comportamento é aceito e permitido no ambiente social em que convive. Com relação a este princípio, Nucci leciona que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado, como exemplo o autor ressalta o uso de brincos e tatuagens, que é algo tradicionalmente aceito pela sociedade como forma de embelezamento, embora configure lesão a integridade física.

No que diz respeito ao princípio da insignificância, pode-se dizer que o Direito Penal sendo a *última ratio*, no sistema penal punitivo, não se deve ocupar de bagatelas. Atualmente, existem diversos julgados apreciando a matéria considerando que prejuízos ínfimos não merecem tutela penal. Um exemplo dessa incidência é o crime de contrabando por sacoleiros vindo do Paraguai, que trazem coisas de insignificante

valor. Outro exemplo é o furto de coisas insignificantes, tal como o de um chiclete exposto à venda em um comércio. Desde logo insta lembrar que a teoria da força normativa da Constituição e toda a discussão acerca da sua efetividade proporcionou uma reconstrução da dogmática jurídica, ao passo que o Direito passou a não mais ser visto como um instrumento de dominação, mas de formação de um espaço democrático. Por esse motivo, toda a ordem jurídica deverá se submeter ao que chamamos de filtragem constitucional ou constitucionalização do direito, em que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, assim como seus respectivos institutos e valores devem ser revistos à luz da Constituição.

Os pressupostos da filtragem constitucional são a preeminência normativa da Constituição e sistema aberto normativo de regras e princípios. No que tange à preeminência normativa esta é oriunda da ideia de supremacia da constituição idealizada por Kelsen, que resulta na primazia constitucional dentro do ordenamento jurídico, na possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis e, por fim, a efetiva aplicação das normas constitucionais. Contudo, coube também à filtragem constitucional estender os resultados da preeminência normativa para um sistema aberto e não apenas ao sistema fechado, idealizado por Kelsen.

Na esfera penal, a filtragem constitucional atua como instrumento de releitura dos elementos da teoria do delito, na medida em que os valores constitucionais são irradiados no sistema jurídico-penal constituindo um Direito Penal democrático, garantista e minimalista. Desse modo, a criminalização de condutas deverá ocorrer em observância a diversos princípios norteadores, quais sejam: a legalidade, intervenção mínima, lesividade, individualização da pena, e, sobretudo, ao princípio dignidade da pessoa humana, considerado basilar do Estado Democrático de Direito. Diante disso, pode-se notar que algumas condutas tipificadas no Código Penal não condizem com a realidade que se vive hodiernamente e, nessa lógica, não possuem mais incidência. Isto se dá ante a falta de legislação atual e leva o magistrado a viver situações em que a conduta considerada típica não demonstra ter causado lesão à vítima ou ao bem, e, a fim de evitar o encarceramento de um réu primário, aplica os aludidos princípios da insignificância e da adequação social.

Conclui-se, portanto, que a filtragem constitucional da criminalização de condutas é uma maneira de se proteger apenas aqueles bens realmente importantes e aquelas condutas que de fato causem lesão ao bem juridicamente protegido. Outrossim, o Direito Penal como ultima ratio deve se preocupar em criminalizar apenas aquelas condutas que possuam relevância jurídica e aqueles bens que merecem proteção estatal. O papel do sistema penal garantista é obedecer aos princípios que limitem o poder punitivo do estado, a fim de se evitar injustiça e violação ao Estado Democrático de Direito geralmente vivenciadas nos regimes absolutistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revan. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. **Crimes Multitudinários - Homicídio Perpetrado por Agentes em Multidão**. Curitiba: Juruá, 2016

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial: arts. 1º ao 120**. v 1. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**, 2ª Edição – Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

WELZEL, **Derecho Penal alemán**, 12ª ed. Chilena, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987, apud Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, parte 1, 15ª ed., 2010.

DIREITO PENAL E A PSICOPATIA



Paulo Michel São José
Tainan Portela Madeiro

RESUMO Diante de uma constatada divergência no que se refere ao criminoso portador do Transtorno De Personalidade Antissocial – comumente chamado de psicopata - esta pesquisa propõe-se a analisar o tratamento dispensado a esta espécie de delinquente pela lei penal brasileira, em razão da ausência de posicionamento definitivo quanto à capacidade de lhe imputar o crime praticado. A resposta satisfatória à pergunta proposta deverá ser alcançada após a pesquisa discorrer sobre os conceitos de psicopatia e como ela é recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, examinar os elementos de culpabilidade e imputabilidade aplicados ao contexto do criminoso psicopata, e, por fim, analisar o posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros sobre a temática. Neste contexto, esta pesquisa terá como objetivo geral saber qual é a responsabilidade penal deste agente através da discussão sobre o discernimento do delinquente no momento do crime, considerando sua condição patológica. Nesta senda, o trabalho buscou colher os entendimentos de todos os tribunais estaduais brasileiros, além dos Tribunais Superiores – STF e STJ – na tentativa de vislumbrar quão homogêneo, ou não, é a maneira como os aplicadores do direito resolvem problemáticas que figuram como réu um psicopata.

Palavras-chaves: Transtorno De Personalidade Antissocial. Crimes. Jurisprudência.

ABSTRACT Given a discrepancy regarding the criminal bearer of Antisocial Personality Disorder - commonly called psychopath - this research proposes to analyze the treatment given to this type of offender under Brazilian criminal law, due to the lack of definitive position as to the ability to impute to him the crime committed. The satisfactory answer to the proposed question should be reached after the research discusses the concepts of psychopathy and how it is received by the Brazilian legal system, examine the elements of guilt and imputability applied to the context of the psychopathic criminal, and, finally, analyze the position case law of the Brazilian Courts on the subject. In this context, this research will have as general objective to know what is the criminal responsibility of this agent through the discussion about the discernment of the offender at the moment of the crime, considering its pathological condition. In this way, the work sought to gather the understandings of all Brazilian state courts, as well as the Superior Courts - STF and STJ - in an attempt to glimpse how homogeneous or not, is the way the law enforcers solve problems that appear as a defendant. psycho.

Keywords: Antisocial Personality Disorder. Crimes Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Diante de uma constatada divergência no que se refere ao criminoso portador do Transtorno De Personalidade Antissocial – comumente chamado de psicopata - esta pesquisa propõe-se a analisar o tratamento dispensado a esta espécie de delinquente pela lei penal brasileira, em razão da ausência de posicionamento definitivo quanto à capacidade de lhe imputar o crime praticado.

A resposta satisfatória à pergunta proposta deverá ser alcançada após a pesquisa discorrer sobre os conceitos de psicopatia e como ela é recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, examinar os elementos de culpabilidade e imputabilidade aplicados ao contexto do criminoso psicopata, e, por fim, analisar o posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros sobre a temática.

Sem a intenção de esgotar as discussões acerca da culpabilidade do psicopata, as leituras preliminares puderam constatar que o agente criminoso, portador do transtorno de personalidade antissocial, possui plena noção das regras e limites sociais, todavia, devido ao seu patológico desvio de caráter, seu poder de autodeterminação resta prejudicado, pois nenhuma outra atitude pode ser esperada de alguém que porta este mal. Isto é, ante a uma situação em que ele pode se abster de praticar um ato ilícito, o criminoso psicopata nunca irá se deter, se este ato for um meio para atingir um de seus objetivos ou satisfazer algum prazer. Assim, em uma análise inicial, o psicopata deve ser considerado semi-imputável, sendo recolhido a um tratamento ambulatorial, cercado dos cuidados médicos e psicológicos necessários.

Por sua vez, o interesse pelos criminosos psicopatas, sempre presente nos cinemas, literatura fictícia e noticiários, veio de muito cedo, antes mesmo do ingresso no curso jurídico. A união das duas realidades, fez surgir a ideia de discutir no meio acadêmico a forma como a Justiça, de posse das armas que lhe foram dadas pela Constituição, enfrenta esta espécie de delinquente.

Assim, diante da preocupante realidade criminal brasileira, os altos índices de reincidência combinados com a conhecida existência de criminosos portadores de Transtorno de Personalidade Antissocial (TPA), comumente conhecidos como psicopatas, uma pesquisa que analisasse como a lei pátria abarca a problemática mostrou-se de extrema necessidade, posto que a violência dos crimes praticados por esta espécie de delinquente é elevada e o transtorno psicológico é de difícil tratamento.

Neste contexto, esta pesquisa terá como objetivo geral saber qual é a responsabilidade penal deste agente através da discussão sobre o discernimento do delinquente no momento do crime, considerando sua condição patológica.

Leituras preliminares identificaram a posição majoritária dos Tribunais brasileiros e doutrina pátria, ambos entendendo que o criminoso portador do transtorno de personalidade antissocial deve ser considerado semi-imputável. Todavia, como será demonstrado, há divergências no que tange a capacidade do psicopata em deter-se diante de uma conduta potencialmente ilícita, dado o seu caráter clinicamente prejudicado. Existindo tais divergências, abre-se espaço para discussão sobre o melhor tratamento a se dispensar ao psicopata e se a posição atualmente adotada é, de fato, a melhor opção.

A discussão adentra, assim, a área jurídica, no momento que coloca em pauta a culpabilidade de um criminoso que, embora possua um transtorno mental, tal não se manifesta em sintomas, mas através de desvios de caráter, tornando-se difícil precisar quão consciente o agente é de seus atos.

Nesta senda, surge a dúvida sobre qual a interpretação mais adequada sobre a culpabilidade do psicopata, tendo em vista a natureza limítrofe de sua psique. A primeira análise deu conta de que a doutrina brasileira e a jurisprudência entendem como semi-imputável aquele indivíduo que comete crime e é diagnosticado como portador do transtorno de personalidade antissocial.

Ressalta-se que a pesquisa jurisprudencial, inicialmente, não foi profunda e obtida, majoritariamente, através da leitura das obras pesquisadas e de pesquisa geral na internet. Todavia, o panorama vislumbrado, a priori, responde esta pesquisa com a culpabilidade diminuída presente no artigo 26, parágrafo único do Código Penal Brasileiro.

2 CONCEITO DE CRIME NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O crime é entendido como um conjunto de elementos interdependentes que, aplicados, resulta na fórmula aplicada para realizar o juízo de valor necessário, a reprovabilidade do fato e da conduta do autor. Segundo a definição de Urzúa (2005, p.7, apud GRECO, 2012, p.371) “A culpabilidade é reprovabilidade do fato típico e antijurídico, fundada em que seu autor o executou, não obstante que na situação concreta podiam submeter-se às proibições do direito”. Assim sendo, é um sinônimo de reprovabilidade do comportamento do agente.

Nos tempos remotos, tinha o que se chamava de responsabilidade penal objetiva, não havia qualquer indagação em relação aos aspectos anímicos, entre o autor, a sua conduta e o fato praticado, se praticou o fato, iria receber uma pena, esta pena era conforme a Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, a Lei do mais forte, não havendo nesses casos, proporcionalidade, racionalidade, dignidade e funcionalidade da pena, então por isso, se passou a perceber que tinha determinados aspectos de índole psicológica que pre-

cisavam ser estudadas. Assim, como diz Cipriani (2005, p. 19):

Na relação existente entre os interesses dos indivíduos da comunidade, o direito e o bom senso foram, e ainda são, os portos seguros que regulam essa relação que se pretende sempre harmônica e oportunizadora da manutenção da vida social ou comum, pois que limitadores da atividade individual em benefício da comunidade e, ação desta, em benefício de cada um. Para que seja possível a coexistência social ou, dito de outro modo, a prevalência do direito, a conduta desviante do estatuído nas regras limitadores da atividade individual impõe a repressão da comunidade na esfera penal.

É importante entender a culpabilidade em sua raiz, de uma maneira mais aprofundada. Cabe ressaltar, ainda, que conforme se conceitua Yarochevsky (2000, p. 16) “é indubitável que a culpabilidade constitui o mais importante elemento da teoria do delito”.

Mas, entende-se também, que definir a culpabilidade somente como juízo de reprovabilidade, é oferecer muito pouco do que realmente o agente merece. Segundo preceitua José Cerezo Mir (2001, p. 419-420):

O conceito de culpabilidade como reprovabilidade pessoal da ação típica e anti-jurídica é um conceito formal, pois nos indicar qual seja o fundamento da reprovabilidade é dizer: por que se reprova ao sujeito a realização da ação típica e antijurídica? [...] A culpabilidade é culpabilidade da vontade. Somente se o sujeito podia ter adotado, em lugar de empregar sua vontade de levar a cabo a ação típica e antijurídica, um emprego de vontade diferente, haverá agido culpavelmente.

Atualmente, existe uma dificuldade de conciliação entre os princípios de política criminal, prevenção da criminalidade e a dignidade da pessoa humana, provocando uma enorme crise entre as diversas concepções de culpa no nosso Direito Penal Brasileiro. Levando em consideração que o conceito sedimentado de crime define-se como uma união entre o fato típico, ilicitude e culpável, sendo que para que haja crime, precisa destes três elementos, tendo em vista que o crime só será ligado ao agente se este for culpável, a culpabilidade é um juízo de reprovação, mero pressuposto de aplicação da pena. Luiz Regis Prado (2005, p. 425), traz uma ideia mais abrangente.

Não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria (...) a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçada ao agente por não ter agido conforme a norma.

Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 351) afirma, ainda, que o “arcaico sistema de responsabilidade sem culpa só foi rompido, graças ao desenvolvimento dos estudos sobre culpabilidade”. A concepção psicológica da culpa residia na diferenciação entre o fato descrito como crime, de caráter meramente objetivo dos elementos de caráter subjetivo.

Segundo o Direito Penal, um humano, ao praticar uma conduta ilícita, ou seja, um crime de fato pode ter culpa, que vem a ser o *latu sensu*, por suas ações, sendo que se o agente praticou com dolo, isto é, com vontade e intenção consciente e absoluta de praticar a conduta antijurídica para obter o seu resultado desejado. Como diz Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 571):

Assim, se um sujeito de certo grau de instrução e de posição social furta um anel na joalheira, sem que ninguém o obrigue a isto, ou o ameace, e sem estar mentalmente enfermo, dizemos que este sujeito podia motivar-se na norma que proíbe furto, e que lhe era exigível que nela se motivasse, porque nada o impedia. Por esta razão

lhe reprovamos o injusto, concluindo que sua conduta é culpável, reprovável.

A evolução dogmática é o caminho traçado pela doutrina até o entendimento atual de determinado tema. No caso, propõe-se a análise do caminho teórico do que se entendeu por culpabilidade e qual a base ideológica que justificou determinado conceito até, por fim, apontar a atual definição e como ela se constrói.

Dizem existir várias teorias da culpabilidade, mas contemporaneamente as que se destacaram foram: Teoria Psicológica, Teoria Psicológico-Normativa e Teoria Normativa Pura, que, a partir de agora, serão brevemente analisadas. De acordo com Rogério Greco (2012, p. 371) “A culpabilidade, desde Von Liszt e Beling, veio progredindo com o surgimento de várias teorias que, ao longo dos anos, tiveram por meta não somente aperfeiçoá-la, mas encontrar o seu verdadeiro sentido”.

A teoria psicológica classifica a culpabilidade como o vínculo psicológico do autor, com o seu fato e o resultado, ou seja, havendo o fato sido praticado por dolo ou culpa, estaria, então, ele, em culpabilidade. Imputabilidade, dolo, culpa e a ocorrência do fato, faria a aflição de uma pena a esse sujeito.

Tendo como fundamentação o positivismo do século XIX, Frans Von Liszt, um dos principais defensores e criador desta teoria, conceituava a culpabilidade como “(...) a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou.” Além de List, Beling e Bellavista dando uma visão analítica do delito, dividiram-na sobre dois aspectos, sendo um externo e outro interno.

Bellavista (1942, p. 133, apud, BITENCOURT, 2000, p. 282) definiu que “a culpabilidade como relação psicológica entre o agente e a ação que ocasiona um evento, querido ou não querido, ainda que não previsto, mas previsível”. Nos quais o aspecto externo seria ação típica e antijurídica, e o interno seria a culpabilidade, sendo atribuída a essa somente elementos anímicos puramente subjetivos. Segundo Galvão (2007, p. 571):

A culpabilidade estabelece limites para as três fases da dosimetria da pena, sendo analisada, durante todo o processo. Não se pode olvidar que as hipóteses de culpabilidade diminuída projetam seus efeitos também nas duas últimas dosimetria da pena [...] assim, fica claro que as variações da culpabilidade repercutem em alteração da pena a ser imposta, nas três fases da aplicação da pena.

Nucci (2011, p. 300), ainda ressalta que essa teoria:

[...] apresenta falhas variadas, embora a principal, em nosso entendimento, seja a inviabilidade de se demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não se faz nenhum JUÍZO de valor sobre a conduta típica e antijurídica. Assim, aquele que é imputável e atua com dolo, por exemplo, ainda que esteja sob coação moral irresistível pode ser considerado culpável, o que se afigura ilógico.

Segundo essa teoria, dolo e culpa eram espécies de culpabilidade e, ao mesmo tempo, as partes constitutivas dela, defendendo a ideia de que todos os elementos da culpabilidade são subjetivos. Diante de seus fundamentos, a teoria apresentou inúmeros erros, principalmente no que concerne a explicação do dolo e da culpa como espécies da culpabilidade, constituindo elementos da mesma natureza.

Sendo a culpa normativa e o dolo um conceito psíquico, eles não deveriam definir conjuntamente a culpabilidade. A doutrina apresentou insuficiências para explicar a culpa, trazendo assim, uma verdadeira revolução no Direito Penal.

De grande mérito, essa teoria passou a sofrer grandes críticas, uma vez que esse conceito naturalístico de ação não conseguia explicar a essência da omissão, nem mesmo a culpa inconsciente, uma vez que não existia o vínculo psicológico entre o fato e o agente, sendo que, ao fazer depender da imposição da pena, unicamente desse vínculo psicológico não restava argumentos convincentes à exclusão da punibilidade, nos casos de coação irresistível e atendimento à ordem de superior hierárquico.

Logo, era incoerente observar a culpabilidade como algo puramente psicológico, pois uma de suas formas de manifestação, a culposa, não tinha caráter psicológico. Assim sendo, surgiram várias dúvidas e várias críticas com relação à essa teoria.

3 CARACTERIZAÇÃO DE PSICOPATIA E SEUS CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

O que se entende por psicopatia, segundo o Dicionário escrito por Borba (2004, p. 1142): “*distúrbio mental grave caracterizado por desvios que acarretam comportamentos antissociais, sem demonstração de consciência destes atos*”.

Percebe-se, portanto, que os novos rumos tomados pela Psicologia e Psiquiatria, para fazer uma análise da psicopatia, permitem que específicos pontos deste transtorno sejam estudados mais profundamente, trazendo-nos resultados mais concretos para o trabalho de outras ciências, assim como a Criminologia.

A psicopatia é um estado mental patológico caracterizado por desvios, os quais acarretam comportamentos antissociais. Trata-se de uma doença mental que tem vários graus de severidade (MAGALHÃES, 2013).

De acordo com a afirmativa de Ilana Casoy (2014, p. 20): “*não importa a teoria, serials killers não se enquadram em nenhuma linha de pensamento específica. Na verdade, são um capítulo à parte no estudo do crime.*” Assim sendo, devem ser tratados diferentemente dos demais.

Existem muitos mais psicopatas entre nós do que se pode imaginar. Infelizmente, só serão percebidos quando entrarem em ação. Nesta consoante, entende-se que em uma grande faculdade, com centenas ou milhares de funcionários e estudantes, há uma boa chance de cruzar o caminho de um psicopata. É importante ressaltar a lição de Huss (2011, p. 103):

Os psicopatas podem ser ótimos para serem apresentados em uma festa ou para atuarem como um porta-voz para propaganda de um produto [...] déficits interpessoais e afetivos impedem a capacidade de interagir em longo prazo com todos os outros humanos.

A princípio, convém analisar este caminhar histórico dos estudos que envolvem a personalidade psicopática, com a conseqüente definição contemporânea do termo “psicopatia” e do que vem a ser aquele que o é. De acordo com Fuentes (2014, p. 289):

Do ponto de vista comportamental, a psicopatia é caracterizada pela violação crônica e recorrente das normas sociais e dos direitos dos outros; do ponto de vista psicopatológico, pela ausência ou debilitação das emoções sociais de culpa e pena (empatia) expressa por frieza nas relações interpessoais, egocentrismo, mentiras para obtenção de benefícios pessoais, irresponsabilidade financeira e impulsividade.

Portanto, não é porque alguém apresenta uma personalidade fria e egoísta, algo muito comum nos dias atuais em que o capitalismo e a competição predominam, que se trata de um psicopata. Ele, diferentemente dos demais seres humanos, tem incapacidade de empatia, portanto leva naturalmente à incapacidade de sentir culpa, pelo fato de não sentir culpa, ele tem muito mais facilidade de lançar-se ao risco, e não ter medo das sanções que possa sofrer, pois é insensível a qualquer punição que sofra, raramente modifica seu comportamento.

O diagnóstico de psicopatia é muito difícil, a começar pelo fato de que, raramente, o paciente admite estar doente, portanto, não procura tratamento. Assim, como diz Shine (2000, p. 9) “basta dizer que o psicopata não se pensa como um “doente”. Não é ele quem procura uma ajuda, mas sim aqueles que sofrem com as conseqüências de sua ação”. Como afirma Fellowes e Daynes (2012, p. 10) “Os psicopatas não são loucos, mas podem ser muitos, muito maus”.

A psicopatia abrange muito mais do que as imagens sensacionalistas criadas pela mídia. Sendo que busca apenas atrair aqueles que gostam de morbidez e tenta despertar a curiosidade da sociedade. A problemática gerada por conta da midiática da psicopatia faz com que muitos pensem que os psicopatas são apenas assassinos serials, ou outro tipo de criminoso desalmado e cruel. É importante lembrar que o psicopata carrega uma série de características bastante específicas, características estas que convém serem faladas.

São insensíveis, emocionalmente superficiais e prematuros, ausente de sentimento de culpa, de nervosismo, de remorso, completa falta de empatia (não conseguem se colocar no lugar do outro), falta de emotividade perante o outro, extremamente egocêntricos e incapazes de amar, não constroem qualquer laço de afetividade, são impulsivos, não têm nenhum tipo de delírio ou outro sinais de pensamento irracional, com senso crítico falho, mentem e manipulam compulsivamente a fim de alcançar seus objetivos; são ardilosos, normalmente com uma inteligência acima da média e altamente sedutores, com um charme superficial.

Em relacionamentos amorosos, eles são insensíveis e não gostam de compromissos, além de culpar outras pessoas por suas falhas, além disso raramente aprendem com seus erros. Aí está a dificuldade em encontrar uma solução para penalizar tais atos de crueldade com suas vítimas.

4 JURISPRUDÊNCIAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

É possível verificar, que a atuação do Judiciário perante os psicopatas não é, de nenhuma forma, unânime. Alguns juízes entendem que o indivíduo psicopata é semi-imputável, devendo ser aplicada alguma medida de segurança. Por sua vez, há que entenda, também, serem os psicopatas completamente imputáveis, merecendo rigorismo na pena por conta de sua personalidade.

Para a Justiça Brasileira, quando um indivíduo comete um crime, o que deve ser analisado, é se, no momento do ato, ele tinha condições de entender o que estava fazendo. Os psicopatas normalmente, planejam o crime detalhadamente e não agem por impulso.

O atual Código Penal adotou a teoria biopsicológica, pela qual o praticante do crime deve ser portador de um transtorno mental tão grave que não compreende o caráter ilícito de sua ação. A teoria une o elemento biológico e o elemento psicológico que é a influência causada pela doença no momento em que o crime foi cometido.

A mera alegação de transtorno mental não auxilia na redução de pena. O juiz, antes do julgamento, determinará a instauração de um procedimento chamado Incidente de Insanidade Mental, onde o acusado será submetido a uma avaliação da Junta Médica do Poder Judiciário que fará uma série de exames para constatar se, ao tempo do crime, ele tinha habilidade de compreensão da ilicitude e capacidade de controlar seus impulsos. Se constatado que o sujeito agiu sob influência do transtorno, não haverá a pena, mas sim medida de segurança.

Não há nenhuma lei, decreto, portaria, regulamento ou congêneres que mencione, mesmo que indiretamente, a psicopatia. Isso apenas reforça e demonstra a incipiência do tema no Brasil, que aparece aos poucos e em casos isolados. A Lei de Execução Penal (Lei 7210/1984) menciona, em alguns pontos, a realização de exames criminológicos, por exemplo, a fim de individualização da execução (artigo 8º) e com vista a analisar o internado (artigos 100 e 175).

A nossa legislação penal brasileira não possui disposição específica para a figura do psicopata, possuindo apenas a prisão e a medida de segurança como a melhor alternativa para a ressocialização do indivíduo, porém, essa não se mostra adequada. O tratamento ambulatorial não deveria ser aplicado, uma vez que seria nulo, não havendo patologia a ser tratada.

Nos Estados Unidos alguns crimes são punidos através da pena de morte, o que diminui significativamente a criminalidade, não sendo para o Brasil a melhor solução, uma vez que, o país não está preparado culturalmente e não possui meios para apurar a culpabilidade de forma plenamente concreta, criando, a princípio, uma prisão especial para esses indivíduos, oferecendo todo o suporte médico e psicológico, amenizando a tendência a crueldade.

Discutir o instituto da culpabilidade aplicada ao psicopata se mostra uma análise extremamente específica, que demanda não só o estudo doutrinário do tema, mas também como ele é entendido e aplicado pelos Tribunais pátrios, tendo em vista que a lei não regulamente concretamente como será entendida a responsabilidade penal de um criminoso portador de transtorno de personalidade antissocial.

Nesta senda, o trabalho buscou colher os entendimentos de todos os tribunais estaduais brasileiros, além dos Tribunais Superiores – STF e STJ – na tentativa de vislumbrar quão homogêneo, ou não, é a maneira como os aplicadores do direito resolvem problemáticas que figuram como réu um psicopata.

Em verdade, os Tribunais não foram uniformes, julgando o criminoso antissocial de forma distinta entre

Foi observado, ainda, que em inúmeros casos a psicopatia do réu só vem à luz na análise do pedido de progressão de regime ou de liberdade provisória, momento em que se faz o exame criminológico. A consequência é a não libertação do reeducando, ou progressão de seu regime, de sua pena privativa de liberdade, aplicada ao réu imputável.

Em Habeas Corpus de nº 0000812-38.2010.8.03.0000 que analisava a ilegalidade de uma prisão preventiva, o Desembargador amapaense Constantino Brahuna aduziu a possibilidade do réu ser portador da psicopatia, apontando como sanção adequada a medida de segurança. Observa-se, portanto, que a psicopatia, aqui, foi considerada requisito para a inimputabilidade.

Bom, o estupro é uma conduta que se insere no campo das doenças mentais, não em doença mental propriamente dita, mas psicopatia. Nos Estados Unidos da América, na França, na Dinamarca, na Noruega, na Austrália o tratamento que se dá, como as psicopatias nunca progridem para a cura, tendem sim para o agravamento, mas nunca para a cura (...). Veja-se que chegou à conclusão que a psicopatia, ela não progride para a cura (...) isto é, pode levar para internamento, para submeter a qualquer outro tipo de tratamento. Paciente, na hora em que tiver liberdade, vai voltar a reincidir na mesma prática. (...)

Assemelha-se ao Habeas Corpus de nº 146026/2013, julgado pelo Tribunal de Justiça Mato-grossense, em que a possível psicopatia do réu seria analisada em autos de incidente de insanidade mental requerida pela própria defesa, soando como uma tentativa de declarar o acusado imputável.

O Tribunal de Justiça do Piauí em Habeas Corpus de nº 201200010002643, na mesma senda, também decretou a inimputabilidade de réu portador de personalidade antissocial, mas neste caso, o estado clínico do acusado acrescia-se de outras doenças mentais que o tornavam por completo incapaz de perceber a ilicitude e autodeterminar-se, não deixando dúvidas acerca de sua culpabilidade.

HABEAS CORPUS. AMEAÇA E PORTE DE ARMA DE FOGO. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. PACIENTE SUBMETIDO A TRATAMENTO MÉDICO. PERICULOSIDADE CESSADA. MANUTENÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA DE SEGURANÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na decisão que decretou a preventiva, foi determinada a realização de exame psiquiátrico, sendo diagnosticado que o paciente era inteiramente incapaz, razão pela qual foi expedido, em 06/10/09, mandado de internação compulsória. Assim, encontra-se o acusado com a sua liberdade restringida há mais de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, tendo cumprido mais da metade da pena máxima cominada em abstrato 2. O art. 97, § 1º, do CP, permite concluir que as medidas de segurança têm prazo indeterminado, perdurando enquanto não for atestada a cessação da periculosidade do agente. Na espécie, observo que estão presentes nos autos o laudo que diagnostica “Transtorno de personalidade antissocial” (F 60.2 da CID - 10) acrescido de “psicóticos breves e transitórios esquizofreniformes” (F 23.1 da CID) às fls. 88/91, concluindo ser inimputável pleno, e, ofício às fls.101, do Hospital Areolino de Abreu, comunicando alta médica.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que reconheceu a personalidade psicopática atestada em exame psicológico, mas entendeu ser a condição incapaz de retirar do acusado a capacidade de perceber a ilicitude do ato, bem como a exigibilidade de conduta diversa.

O tribunal da citação supra, todavia, defendeu a diminuição da culpabilidade em virtude da psicopatia, assim como foi observado nos tribunais do Distrito Federal, Minas Gerais (neste, em apenas um acórdão).

Através de uma apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal foi possível ter acesso ao trecho do Laudo de Exame Psicológico que atesta o transtorno de personalidade antissocial, que relata comprometimento na autodeterminação oriunda de seu estado clínico.

É portador de perturbação da saúde mental (transtorno da personalidade antisocial ou dissocial), condição que à época do evento não comprometia sua capacidade de entendimento, mas comprometia parcialmente sua capacidade de determinação. Necessita de tratamento psiquiátrico e psicológico, a princípio por tempo indeterminado, em local de onde não possa evadir-se. Requer também o acompanhamento do Serviço Social competente desse Tribunal. Tem periculosidade elevada e vinculada ao seu transtorno mental.

Em Habeas Corpus de nº 70058132671 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também aplicou tal interpretação:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. LATROCÍNIO TENTADO. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. TRANSTORNO ANTI-SOCIAL DE PERSONALIDADE. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA. 1. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DELITO DE LATROCÍNIO TENTADO. NÃO RECONHECIMENTO. (...) 2. TRANSTORNO ANTI-SOCIAL DE PERSONALIDADE. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA. 2.1. As modernas classificações internacionais consideram as psicopatias como transtornos da personalidade e as definem como alterações da forma de viver, de ser e relacionar-se com o ambiente, que apresentam desvios extremamente significativos do modo em que o indivíduo normal de uma cultura determinada percebe, pensa, sente e particularmente se relaciona com os demais. O transtorno antissocial de personalidade coincide com o que tradicionalmente se denomina psicopatia. As personalidades psicopáticas se enquadram no rol das perturbações da saúde mental, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, regulando-se conforme o disposto no parágrafo único do art. 22, do Código Penal. 2.2. Comprovado pelo laudo psiquiátrico que o réu ao tempo do crime padecia de transtorno antissocial de personalidade, a redução de pena é obrigatória, o que é facultativo é o quantum maior ou menor (1/3 a 2/3) dessa diminuição de pena. 2.3. A consequência legal da capacidade relativa de culpabilidade por perturbação da saúde mental ou por outros estados patológicos, é a redução obrigatória da pena, pois se a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, então a redução da capacidade de culpabilidade determina, necessariamente, a redução da pena. Argumentos contrários à redução da pena no sentido do cumprimento integral da pena são circulares, inconvincentes e desumanos porque o mesmo fator determinaria, simultaneamente, a redução da culpabilidade (psicopatias ou debilidades mentais explicariam a culpabilidade) e a agravação da culpabilidade (a crueldade do psicopata ou débil mental como fator de agravação da pena). Não incidência na medida em que o legislador não atuou de maneira deficiente, mas sim ponderada. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO. UN NIME.

Ressalta-se que o entendimento adotado nestes julgados segue a doutrina majoritária – como pode ser lido na ementa supra -, que defende a aplicação do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal ao criminoso psicopata, atendo-se à tese de que embora tenha potencial consciência da ilicitude do fato, não é possível exigir-lhe conduta diversa. A consequência seria a redução da pena, neste caso.

Dos 34 acórdãos encontrados no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, nenhum versou sobre a psicopatia na seara criminal. Os dois julgados que analisaram a questão com maior profundidade eram pedidos de interdição, providos no sentido de incapacitar civilmente o criminoso de personalidade antissocial, levando a crer que em caso de análise de culpabilidade, o STJ consideraria o acusado inimputável.

Já no Supremo Tribunal Federal, a pesquisa concluiu pelo uso incorreto dos termos “psicopata” e “psi-

copatia”, utilizados atecnicamente no sentido de doente mental, como se observou, também, em tribunais estaduais.

A pesquisa realizada sobre o posicionamento adotado na jurisprudência pátria detectou que os Tribunais tradicionalmente entendem da mesma forma, classificando como semi-imputável o agente criminoso portador do Transtorno de Personalidade Antissocial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, Parte Geral**. Vol. 1. 3º ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

BORBA, Francisco S. **Dicionário Unesp do Português Contemporâneo**. São Paulo: Editora Unesp, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70058132671**. Relator: Nereu José Giacomolli. Data de Julgamento: 03/04/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. **Habeas Corpus nº 0000812-38.2010.8.03.0000**. Relator: Desembargador Mário Gurtyev, Data de Julgamento: 26/08/2010, Câmara Criminal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Habeas Corpus nº 80306/2010**. Desembargador. Juvenal Pereira da Silva, Data do Julgamento 21/09/2010, Primeira Camara Criminal, Data da publicação no Diário de Justiça: 01/10/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Habeas Corpus nº 146026/2013**. Desembargador Rondon Bassil Dower Filho, Data do Julgamento 18/02/2014, Primeira Camara Criminal, Data da publicação no Diário de Justiça: 21/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. **Habeas Corpus nº 201200010002643**. Relator Desembargador Eri- van José da Silva Lopes, Data de julgamento: 27/03/2012, Segunda Câmara Especializada Criminal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Habeas Corpus nº 20130020000475**. Relator: Jesuino Rissato, Terceira Turma Criminal, Data de Julgamento: 17/01/2013, Publicado no Diário de Justiça: 22/01/2013.

CARVALHO, Thiago Santos. **A possível influência genética no perfil criminógeno de psicopatas**. Feevale. Novo Hamburgo, 2011.

CASOY, Ilana. **Serial Killers: Louco ou Cruel?** – Edição Definitiva, Darkside Books. Rio de Janeiro, 2014.

CIPRIANI, Mario Luís Lírio. **Das Penas: Suas Teorias e Suas Funções no Moderno Direito Penal** – Canoas: Editora Ulbra, 2005.

FELLOWES, Jéssica; DAYNE, Kerry. **Como Identificar um Psicopata: cuidado! Ele pode estar mais perto do que você imagina**. Tradução Mirtes Frange de Oliveira Pinheiro – São Paulo: Cultrix, 2012.

FREITAS-MAGALHÃES, A. **Por que me mentes? Ensaio sobre a face da mentira**. FEELab Science Books. – São Paulo, 2013.

FUENTES, Daniel; MALLOY-DINIZ, Leandro F.; CAMARGO, Candida Helena Pires de; COSENZA, Ramon M. **Neuropsicologia: teoria e prática**. 2º ed. Porto Alegre: Editora Artmed, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14° ed. Niterói, Editora Impetus, 2012.

HARE, Robert D. **Psicopatia: Teoria e Pesquisa**. Traduzido por Cláudia Moraes Rego. Rio de Janeiro, 1973.

HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense: Pesquisa, Prática Clínica e Aplicações**. Editora Artmed, 2011.

MIR, José Cerezo. **Temas Fundamentais Del Derecho Penal**. - Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral** – art. 1° a 120. Vol. 1. 5° ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

SHINE, Sidney Kiyoshy. **Psicopatia**. 3° ed. – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral** – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

A LEI 13.769/18 E SEUS REFLEXOS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA



Bruno José Vigato

RESUMO A Lei 13.769/2018 alterou dispositivos do código de processo penal, da lei de execução penal e da lei de crimes hediondos, a fim de disciplinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar e a progressão especial de regime para mulheres gestantes ou mães ou responsáveis por crianças e que estejam sendo acusadas ou tenham sido condenadas por crimes sem violência ou grave ameaça. Seu objetivo é evitar que essas mulheres sejam levadas ou permaneçam longos períodos encarceradas, em benefício de um valor maior, consubstanciado no princípio do melhor interesse da criança. Partindo dessa premissa, o trabalho visa, inicialmente, fornecer dados estatísticos sobre a evolução da população carcerária feminina no Brasil, para, em seguida, aprofundar os requisitos exigidos pela lei para a concessão dos direitos nela previstos.

Palavras-chaves: Lei 13.769/2018. Prisão Domiciliar. Progressão Especial de Regime. População Carcerária Feminina.

ABSTRACT The law number 13.769/2018 modified devices of the Criminal Procedure Code, Criminal Enforcement Act, and the Heinous Crimes Act, to regulate the replacement of precautionary arrest by house arrest and special regime progression for pregnant women or mothers or guardians of children who are being charged or convicted of crimes without violence or serious threat. Its purpose is to prevent women from remaining in jail for longer periods, for the sake of greater value, embodied in the best interests of the child. Based on this premise, the paper initially aims to provide statistical data on the evolution of the female prison population in Brazil, and then to deepen the requirements required by law for granting the rights provided for therein.

Keywords: Law 13.769/2018. Home prison. Special Progression of Regime. Female Prison Population.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.769/2018 promoveu alterações no código de processo penal, na lei de execução penal e na lei de crimes hediondos.

No código de processo penal, ela inseriu os artigos 318-A e 318-B, que afirmam o direito à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para as mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

Na lei de execução penal, ela acrescentou o § 3º ao artigo 112, a fim de disciplinar modalidade de progressão especial de regime com requisito objetivo-temporal reduzido para 1/8, destinada para mulheres gestantes ou que sejam mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

Já o § 2º do artigo 2º da lei de crimes hediondos foi alterado para não deixar margem de dúvida de que a progressão especial de regime para as mulheres é aplicável inclusive para as condenadas por crimes hediondos.

No entanto, os direitos elencados pela Lei 13.769/18 exigem o preenchimento de requisitos específicos, e a análise acerca das controvérsias envolvendo estes requisitos, bem como a eficácia da lei em se evitar ou reduzir o encarceramento de mulheres é o objetivo deste artigo.

2 TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

O projeto de lei que culminou na publicação da Lei 13.769/2018 teve início no Senado Federal, a partir de proposta da senadora Simone Tebet. Na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), o então projeto de lei do Senado (PLS) nº 64/2018 recebeu parecer favorável, tendo o relator, em seu texto, demonstrado preocupação com o crescimento no número de mulheres presas no país:

“Referido aumento da população carcerária feminina se deve, sem sombra de dúvidas, ao trato mais rigoroso da legislação acerca do tráfico ilícito de drogas. A Lei nº 11.343, de 2006 (Lei de Drogas), aumentou a pena mínima do delito, condicionando o cumprimento da pena ao regime fechado ou semiaberto, na imensa maioria das vezes” (Parecer – SF nº 31, de 2018 – CCJ, página 05).

Após a aprovação no plenário do Senado Federal, o projeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tramitou sob o nº 10.269/2018. Na Câmara, foi submetido à apreciação da comissão de segurança pública e combate ao crime organizado, onde também recebeu parecer favorável, tendo a relatora qualificado de “dramática” a situação das mulheres privadas de liberdade:

“Ressalto que as proposições são oportunas e convenientes, considerando a dramática situação de mulheres privadas de sua liberdade, e que estejam gestantes ou puérperas, sejam mães ou responsáveis por pessoas com deficiência” (Parecer do Relator nº 1 CSPCCO, página 04).

Após a aprovação na Câmara dos Deputados, o projeto foi sancionado pelo Presidente da República e publicado no dia 19 de dezembro de 2018 como a Lei nº 13.769.

O texto apresentado na justificativa do projeto de lei não deixa dúvida quanto ao seu objetivo: “promover o desencarceramento de mulheres” (Projeto de Lei do Senado nº 64, de 2018, página 04).

Em suma, as justificativas trazidas no projeto de lei e nos pareceres das comissões, destinadas a fundamentar a necessidade das alterações mencionadas no capítulo introdutório, são diversas e já bastante conhecidas por todos aqueles que militam na área criminal e penitenciária: Superlotação carcerária, insalubridade e precariedade das instalações penitenciárias, crescimento acentuado da população carcerária feminina e o impacto psicológico do encarceramento nos filhos ou dependentes das mulheres presas.

3 BREVE CENÁRIO DO ENCARCERAMENTO DE MULHERES NO BRASIL

A população carcerária feminina vem crescendo exponencialmente no Brasil nos últimos anos, e tal fato nos alçou ao quarto lugar no ranking mundial de países com mais mulheres presas, atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia.

Motivo de maior preocupação, no entanto, é a velocidade de crescimento da população carcerária feminina. Nesse ponto, o Brasil é líder mundial. Dados publicados pelo Ministério da Justiça mostram que, no ano 2006, o Brasil possuía aproximadamente 17.216 mulheres presas, e que no ano de 2016, esse número havia subido para 42.355, ou seja, em 10 anos, houve uma elevação de quase 150% (Ministério da Justiça - Infopen Mulheres/2018 – 2ª edição – páginas 10-12).

Outro fator preocupante é o de que parcela significativa dessas mulheres está presa de forma cautelar, ou seja, ainda sem julgamento.

Os dados mostram, ainda, que mais de 70% das mulheres presas no Brasil cometeram ou estão sendo acusadas de terem cometido crimes sem violência ou grave ameaça, e a maior parcela é acusada ou já foi condenada em razão do exercício de atividades de menor projeção na cadeia de comércio de substâncias ilícitas.

É relevante destacar também que, dos estabelecimentos prisionais femininos espalhados pelo país, somente 34% dispõem de local adequado para mulheres gestantes. Além disso, apenas 32% dispõem

de locais destinados para mães permanecerem com seus filhos e só 5% dispõem de creche (Ministério da Justiça - Infopen Mulheres/2018 – 2ª edição – páginas 18-19).

Todos esses dados serviram como norteadores para a edição da Lei 13.769/18.

4 A PRISÃO DOMICILIAR PARA MULHERES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Em 2016, a Lei 13.257/16 acrescentou 3 incisos ao artigo 318 do código de processo penal. Na ocasião, passou-se a prever que o juiz pode substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando o agente for mulher gestante, mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos ou homem que seja o único responsável pelos cuidados de criança menor de 12 anos.

Ocorre que o texto do caput do artigo 318 utilizou o verbo “poderá”, e acabou por abrir uma ampla margem de interpretação aos magistrados para indeferirem a substituição, fato que restou confirmado na prática.

Diante dos baixos índices de substituição de prisões preventivas por prisões domiciliares, no início do ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo para todas as mulheres gestantes ou mães de crianças com até 12 anos de idade (HC nº 143.641/SP). O item VIII do acórdão já revelava a necessidade de se minimizar as margens interpretativas do artigo 318 do código de processo penal:

“VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrangidas no ordenamento jurídico vigente”.

É na esteira da decisão do Supremo Tribunal Federal que a Lei 13.769/18 inseriu no código de processo penal os artigos 318-A e 318-B. O caput do artigo 318-A dispõe a prisão preventiva será substituída pela prisão domiciliar quando o agente for mulher gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que preenchidos dois requisitos:

- 1 - Não ter sido o crime cometido com violência ou grave ameaça;
- 2 - Não ter sido o crime cometido contra seu filho ou dependente.

Nesse caso, a utilização do verbo “será” deixa claro a intenção do legislador em reduzir a margem de discricionariedade do magistrado quanto à substituição ou não. Dessa forma, em regra, preenchidos os requisitos, deve a prisão preventiva ser substituída pela prisão domiciliar.

Todavia, não obstante a clareza do texto contido no artigo 318-A, uma simples pesquisa jurisprudencial mostra que ainda são numerosos os recursos e habeas corpus que chegam ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal tratando da temática, o que demonstra que esse direito permanece sendo de difícil implementação nas instâncias inferiores.

Os fundamentos utilizados para se indeferir a substituição são, em geral, a ausência de comprovação de que os filhos dependem exclusivamente dos cuidados da mãe e o de que a prática de um suposto crime por parte da mãe gera presunção de que ela representa riscos ao desenvolvimento saudável do filho.

Esses argumentos vêm sendo considerados pelas instâncias superiores insuficientes para impedir a substituição. O trecho abaixo, extraído de um acórdão proferido pela 6ª turma do STJ no RHC nº 105.588/RO, deixa explícito que a relação entre mãe e filho gera presunção de necessidade de cuidados, tornando descabida a exigência de comprovação:

“Apesar da argumentação lançada pelas instâncias de origem (destacando a grande quantidade de droga apreendida), não se observa a indicação de elemento específico a evidenciar situação excepcionalíssima capaz de afastar o benefício pretendido em relação à prisão domiciliar. De acordo com precedentes desta Sexta Turma (por exemplo, HC n. 422.235/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 19/12/2017), é descabida a discussão acerca da necessidade dos cuidados maternos à criança, pois a condição é legalmente presumida”.

No âmbito do STF, trago à colação trecho do acórdão proferido pela 1ª turma no HC nº 158.123/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

“Consideradas as circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, mostra-se cabível a substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar, por ser medida que se revela, a um só tempo, garantidora da proteção à maternidade, à infância e ao melhor interesse do menor e também suficiente para preservar a ordem pública, a aplicação da lei penal e a regular instrução criminal”.

Porém, as decisões dos Tribunais Superiores deixam claro também que a discricionariedade judicial sobre o tema não foi completamente extirpada. Mesmo quando preenchidos os requisitos previstos no artigo 318-A, a substituição pode ser indeferida, mas isso somente em casos considerados “excepcionalíssimos”, exigindo-se, para tanto, fundamentação específica e concreta. Essa ressalva está contida em trecho de acórdão proferido pela 6ª turma do STJ no HC 525.805/AC:

“Apesar de a custódia preventiva encontrar respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a prisão domiciliar deve ser concedida, pois não está demonstrada situação excepcionalíssima, nem está presente circunstância legal obstativa, sendo que a Paciente é mãe de menor que possui pouco mais de 10 (dez) meses”.

Observa-se, assim, que a decisão do STF no HC coletivo nº 143.641/SP, aliada ao advento do artigo 318-A do código de processo penal, a priori, formam uma base sólida para a redução de prisões cautelares de mulheres acusadas de crimes sem violência ou grave ameaça.

5 A PROGRESSÃO ESPECIAL DE REGIME PARA MULHERES NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A Lei 13.769/18 inseriu o § 3ª ao artigo 112 da Lei de Execução Penal, criando a denominada progressão especial de regime para mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

Os requisitos exigidos são cumulativos, e são os seguintes:

- 1 - Cumprimento de 1/8 da pena;
- 2 - Não ter cometido o crime com violência ou grave ameaça;
- 3 - Não ter cometido o crime contra o seu filho ou dependente;
- 4 - Ser primária;
- 5 - Ter bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento;
- 6 - Não ter integrado organização criminosa.

O primeiro debate que poderia surgir seria quanto à aplicabilidade ou não da progressão especial de regime aos crimes hediondos, tendo em vista que, para estes, a lei impõe como requisito objetivo o cumprimento de 2/5 ou 3/5 da pena. Visando estancar qualquer dúvida, principalmente quanto ao delito de tráfico de drogas, o legislador se antecipou, e alterou o § 2º do artigo 2º da lei de crimes hediondos, para expressamente prever que a progressão especial de regime para mulheres é compatível com os delitos nela elencados.

Quanto aos demais requisitos, apesar do curto período de vigência da Lei, algumas questões já vêm sendo debatidas, principalmente nas instâncias inferiores.

Uma delas é com relação ao requisito “não ter integrado organização criminosa”. Já é possível visualizar decisões indeferindo a progressão especial para mulheres condenadas pelo artigo 35 da Lei 11.343/06 (associação para o tráfico) ou pelo artigo 288 do código penal (associação criminosa). No acórdão colacionado abaixo, a 8ª câmara de direito criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do agravo em execução penal nº 0000361-79.2019.8.26.0154, negou a progressão especial de regime a uma mulher, sob o fundamento de que ela foi condenada por associação para o tráfico, e que isso impediria o cumprimento do requisito previsto no inciso V do artigo 112 § 3 da LEP.

“Agravado em Execução – Execução Penal – Progressão ao regime semiaberto – Pleito formulado com base no art. 112, §3º, da LEP – Sentenciada condenada por prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico de entorpecentes – Não preenchimento do inciso V do referido dispositivo legal – Entendimento no sentido de que descabe, nos termos do art. 112, § 3º, V, da LEP, a progressão de regime de sentenciada gestante, ou que for mãe, ou responsável por crianças, ou pessoas com deficiência, no caso de condenação por associação para o tráfico de entorpecentes, por tratar-se de pessoa que integrou organização criminosa – requisito não preenchido. Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0000361-79.2019.8.26.0154; Relator (a): Ely Amioka; Órgão Julgador: 8º Câmara de Direito Criminal; São José do Rio Preto/DEECRIM UR8 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 8º RAJ; Data do Julgamento: 10/10/2019; Data de Registro: 10/10/2019)”

Note que, apesar de o crime de associação para o tráfico estar previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006 e o crime de integrar organização criminosa estar contido no artigo 2º da Lei 12.850/2013, o texto do acórdão equipara os delitos para o fim de indeferir a progressão especial de regime.

Todavia, a questão é controversa dentro do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em sentido diametralmente oposto, a 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal Paulista, no bojo do agravo em execução penal nº 0006307-80.2019.8.26.0041, entendeu que equiparar o delito de associação para o tráfico ao de integrar organização criminosa representa analogia in malam partem.

“AGRAVO EM EXECUÇÃO. Progressão de regime diferenciada para gestantes, mães ou responsáveis por crianças e deficientes. Indeferimento da benesse. Insurge-se a Defesa, por entender preenchidos todos os requisitos exigidos pelo artigo 112, §3º, da LEP. Vedada a progressão às mulheres integrantes de organização criminosa. Contudo, a ora agravante fora condenada pelo delito de associação ao tráfico, o que não se confunde. Interpretação extensiva configuradora de ‘analogia in malam partem’. Cumprimento dos demais requisitos objetivos previstos no referido dispositivo legal. Quanto ao mérito, remete-se os autos ao juízo de primeiro grau para que se manifeste acerca do requisito de ordem subjetiva. - Agravo provido em parte para reconhecer o preenchimento dos requisitos objetivos, determinando-se a remessa dos autos ao juízo “a quo” para apreciar o requisito subjetivo.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0006307-80.2019.8.26.0041; Relator (a): Péricles Piza; Órgão Julgador: 1º Câmara de Direito Criminal; São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1º RAJ; Data do Julgamento: 12/08/2019; Data de Registro: 16/08/2019)”

Coerente a decisão da 1ª câmara criminal do TJSP, eis que privilegia princípio básico do direito penal.

Isso posto, visando adotar um critério seguro de análise, evitando-se subjetivismos e excessos interpretativos, o requisito deve ser considerado cumprido quando a defesa demonstrar que a mulher não foi condenada, ao menos em primeira instância, pelo delito do artigo 2º da Lei 12.850/13. Em outras palavras, somente uma condenação, mesmo que em primeira instância, pelo crime do artigo 2º da Lei 12.850/13, seria suficiente para o indeferimento da progressão especial de regime pelo não cumprimento do requisito previsto no inciso V do § 3º do artigo 112 da lei de execução penal.

A eficácia do § 3º do artigo 112 em reduzir o encarceramento feminino dependerá do enfrentamento pelo Tribunais Superiores das questões acima ventiladas.

6 EFICÁCIA PRÁTICA DA LEI 13.769/18: COMO VENCER AS BARREIRAS SOCIAIS, CULTURAIS E JURÍDICAS

No Brasil, o alcance dos objetivos almejados com a Lei 13.769/18 dependerá da conjugação de diversos

fatores, tais como cumprimento irrestrito das leis e das normas constitucionais, observância pelos magistrados à jurisprudência dos tribunais superiores, e, acima de tudo, conscientização social.

Atualmente, o maior obstáculo à solução do problema prisional brasileiro é a crença existente na sociedade de que a prisão é a única solução para a criminalidade.

O senso comum que prevalece em nossa sociedade é o de que qualquer medida imposta que não seja a prisão significa impunidade. Medidas cautelares diversas da prisão ou mesmo a prisão domiciliar são vistas como regalias, não obstante às severas restrições à liberdade de locomoção que elas impõem.

É relevante o papel da mídia na formação desse senso comum. Seja por meio do rádio, da TV ou da internet, o discurso geralmente propagado é aquele que prega a tolerância zero com as pessoas submetidas à justiça criminal, mesmo que se trate de uma mulher gestante, lactante ou mãe de uma criança que depende de seus cuidados.

Esse discurso tem contribuído para que sejam dadas respostas duras e imediatas, que culminam sempre no aumento no número de prisões.

Não é a regra, mas, em algumas ocasiões, decisões judiciais que determinam prisões são tomadas sob influência do clamor social, mesmo que, juridicamente, a prisão seja destituída de fundamentos legais e jurisprudenciais.

Portanto, o que se percebe é que a eficácia da Lei 13.769/2018 dependerá de uma mudança de conscientização social, algo que não será obtido com medidas de curto prazo, mas sim e tão somente por meio de campanhas educativas que, a longo prazo, informem a população que, para muito além da prisão, existem outras medidas suficientes para a prevenção e a reprovação de crimes sem violência ou grave ameaça cometidos por mulheres gestantes ou mães.

7 CONCLUSÃO

Levando-se em consideração todos os aspectos desenvolvidos no âmbito do presente artigo, denota-se que a Lei 13.769/2018 traz importantes mecanismos que visam impedir ou reduzir o tempo de encarceramento de mulheres gestantes ou mães de crianças que estejam sendo acusadas ou tenham sido condenadas por delitos cometidos sem violência ou grave ameaça.

Mas, do ponto de vista prático, a Lei só alcançará plenamente os seus objetivos quando superados os obstáculos sociais, culturais e jurídicos descritos no capítulo anterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Renato Marcão. **Curso de Execução Penal**. 12ª edição. Ed. Saraiva.

Norberto Avena. **Execução Penal Esquemático**. 1ª edição. Ed. Método

Adeildo Nunes. **Da Execução Penal**. 3ª edição. Ed. Forense.

Rodrigo Duque Estrada Roig. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Ed. Revan.

Rodrigo Duque Estrada Roig. **Execução Penal – Teoria Crítica**. 2ª edição. Ed. Saraiva.

Renato Brasileiro de Lima. **Manual de Processo Penal – Volume Único**. 7ª edição. Ed. Juspodivm.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Junho de 2014. Disponível para consulta em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres, 2ª edição - 2018. Disponível para consulta em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DE DIREITOS HUMANOS



Juliana Marques Cordeiro
Roberta de Paula Caminha Melo

RESUMO O presente artigo tem como finalidade apresentar uma abordagem sobre a Defensoria Pública como instrumento de defesa de direitos humanos, apresentando sua missão constitucional voltada à efetivação de direitos dos cidadãos mais vulneráveis. Como metodologia utiliza-se como técnica de pesquisa a descritiva, mediante a utilização de fontes bibliográficas (livros, artigos, periódicos, doutrinas e jurisprudências). Dessa forma, os resultados esperados para este trabalho surgem da necessidade em apresentar a instituição como um instrumento de defesa de direitos humanos através da efetivação das garantias constitucionais às pessoas mais vulneráveis.

Palavras-chaves: Defensoria Pública. Direitos humanos. Justiça.

ABSTRACT The purpose of this article is to approach the Public Defender's Office as an instrument to defend human rights, with the institutional mission and public service being served as best as possible. It is understood that since its constitution until the present day, through the advent of Constitutional Amendment 80/14. The methodology used is the research technique will be descriptive, using bibliographic sources (books, articles, journals, doctrines and jurisprudence). Thus, the expected results for this work, arise from the need to demonstrate to people the guarantees offered by the Federal Constitution, where society receives the support of the Magna Carta to, in wanting to contribute to the advancement of their homeland, helping in the creation, drafting and enforcement of laws, using the Public Defender's Office as an instrument for the defense of human rights and access to justice.

Keywords: Public Defender. Human rights. Justice.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade demonstrar como a Defensoria Pública pode ser utilizada como um instrumento para a defesa dos direitos humanos. Assim, ao abordar a Defensoria Pública, como instituição permanente, que tem como um de seus papéis fundamentais a defesa dos direitos humanos, fundamentado expresso na Carta Magna brasileira em seu artigo 134, caput:

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. (BRASIL, 1988)

É dever do Estado garantir a assistência jurídica gratuita e integral àqueles que dela necessitam e não têm condições de custeá-la. Tal prerrogativa significa ir além do direito a assistência judiciária, mas uma atuação contínua como forma de efetivação das garantias constitucionais dos cidadãos vulneráveis em todas as esferas. Portanto, a Defensoria Pública é instrumento de concretização de justiça social através da efetivação de fundamentos constitucionais tais como a cidadania e a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, II e III da CF) e

também com os objetivos fundamentais da República do Brasil, destacando-se o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização reduzindo as desigualdades sociais e regionais e, ainda promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I, II e IV da CF). (PIOVESAN, 2006).

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais constituem-se de garantias asseguradas aos cidadãos, para que nem o Estado ou qualquer outra pessoa ou ente possa interferir na sua vida. Quando se aborda o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à intimidade, bem como à inviolabilidade de domicílio, ao trabalho, à greve, à propriedade, à honra, à saúde, à alimentação, a um meio ambiente saudável e equilibrado, à segurança etc. aborda-se nesse momento os direitos fundamentais. Estes direitos são intrínsecos ao ser humano, isto é, toda pessoa tem direitos fundamentais, seja de qualquer parte do cenário mundial, não importa a raça, o sexo, a convicção filosófica ou política, a etnia, a condição financeira, todos têm direitos fundamentais, a princípio (SILVA, 2005).

Segundo Japiassu citado por Marques Neto (2001, p. 48) “a ciência cria seus objetos próprios pela destruição dos objetos da percepção comum, dos conhecimentos imediatos. E é por ser ação que a ciência é eficaz”.

Analisando sob o termo fundamental, no entendimento de Ricardo Castilho (2013, p.14), a expressão “direitos fundamentais”:

Pode ser utilizada para designar aqueles direitos que já foram reconhecidos e positivados institucionalmente, pelo direito constitucional interno de cada Estado. O termo fundamental, aqui, se aplica justamente por serem direitos em que pese delimitados espacial e temporalmente eleitos, por cada Estado de direito, como os elementos básicos e fundamentadores de seu sistema jurídico.

De acordo ainda com Silva (2005, p.178):

Os direitos fundamentais são direitos inerentes à pessoa humana, decorrentes da própria natureza do homem. São direitos humanos positivados na Constituição Federal, indispensáveis e necessários para assegurar ao homem condições básicas de existência. Os direitos fundamentais no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Canotilho (apud MORAES, 2003, p. 56) contribui no conceito de direitos fundamentais, abordando-o sob as perspectivas abaixo:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Alexy utiliza o conceito de Direitos Fundamentais de Carl Schmitt, como sendo “apenas aqueles direitos

que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição” (SCHMITT, 1973, p. 190 apud ALEXY, 2012, p.66). Por outro lado, ao invés de vincular o conceito de direito fundamental ao conceito de Estado, o autor aconselha, ao contrário do que faz Schmitt, “não limitar de antemão o conceito de direito fundamental e, com isso, o conceito de normas de direito fundamental” (ALEXY, 2012, p. 67).

Já o conceito de Constituição na visão dos doutrinadores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 63) é explorado mediante ideias oriundas do constitucionalismo, “a Constituição é um sistema garantidor das liberdades, são preservadas através da separação institucional dos poderes e tudo isso está contido em um documento escrito, denominado Constituição”.

A Constituição Federal de 1988 é a mais democrática das Constituições brasileiras. Além disso, é a primeira e única na história jurídica nacional que disciplina em primeiro lugar os direitos e garantias fundamentais, reconhecendo sua importância e colocando tais direitos em posição de destaque, para somente então tratar da organização do Estado. Isso indica a predisposição do legislador constituinte em privilegiar os direitos e garantias fundamentais em detrimento de questões mais técnicas como a própria estruturação política do Estado (BRASIL, 1988).

De acordo com o art.1º, da Constituição República Federativa de 1988, que estabelece os fundamentos do Estado brasileiro; cita-se (BRASIL, 1998):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O movimento que gerou a constituição em sentido moderno teve sua origem em diversos locais distintos e em períodos diferentes. Não há apenas um constitucionalismo, são diversos, entre eles o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano e o constitucionalismo francês. Alguns desses movimentos se aproximam em determinados momentos da história. Melhor seria tratá-los como diversos momentos constitucionais do que de vários constitucionalismos e isso permite tão logo uma noção básica de constitucionalismo (CANOTILHO, 1998).

Segundo ainda Canotilho (1998, p.45), constitucionalismo é “a dinâmica que sustenta o governo com poderes limitados e indispensáveis à garantia dos direitos”. Dessa forma, o constitucionalismo moderno é uma técnica específica de limitação dos poderes do governo para a garantia dos direitos individuais, nos mesmos moldes que a teoria da democracia.

A Constituição de 1988, dentre outras constituições anteriores, consagra a técnica de estabelecimento direta ou técnica da restrição legal a diferentes direitos individuais. Diante desse quadro, impõe-se ao Estado, a fim de sanar esses numerosos vícios, ao exercer a tributação, a observância dos limites que a ordem constitucional lhe impôs, especialmente com relação aos direitos subjetivos públicos dos indivíduos e suas garantias, tidos como direito fundamental, para que assim haja a concretização do princípio da segurança jurídica (MELLO, 2010).

Analisando a Constituição sob uma ótica de igualdade jurídica, o constitucionalismo e a democracia constituem uma reflexão dinâmica e instrumental do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2.2 DIREITOS HUMANOS

Considerando uma linha evolutiva da doutrina, inicialmente os direitos dos seres humanos chamavam-se

“direitos do homem”. Com o passar do tempo, em função de sua inserção nas Constituições de diversos países, esses direitos passaram a ter a denominação de “direitos fundamentais”. Por fim, após passarem a ter previsão em alguns tratados internacionais, receberam a denominação de “direitos humanos”. (OLIVEIRA, 2016)

Os direitos humanos alcançaram relevância a partir no século XX. Sustenta-se na doutrina que a justificativa, bem como os fundamentos dos direitos humanos vinculam-se ao positivismo ou ao jusnaturalismo.

De acordo com o entendimento de Norberto Bobbio, o positivismo tem sua representação na previsão legal dos direitos humanos. Estes uma vez estando previstos no ordenamento jurídico, seja na Constituição Federal ou mesmo em normas infraconstitucionais, poderão ser exigidos. Além disso, os direitos humanos estão previstos também em tratados e convenções internacionais.

Com relação ao jusnaturalismo a pessoa humana passa a ser o fundamento dos direitos humanos, independentemente de sua localização, devendo esta receber tratamento solidário e justo. (OLIVEIRA, 2016)

Fazendo-se um breve histórico, na antiguidade clássica não havia reconhecimento expresso dos direitos humanos. Isso porque esses direitos surgem da oposição entre interesses dos indivíduos e da própria coletividade em face do Estado. Em Roma, essa situação não foi muito diferente. Apesar da distinção entre nacionais e estrangeiros, aqueles protegidos pelo *ius gentium*, não havia qualquer normatização expressa sobre esse assunto. (GARCIA, 2011)

Com o advento do Cristianismo, a dignidade humana passa a ser vinculada ao fato de os seres humanos serem filhos de Deus. Contudo, a história mostra claramente que não se trata de discurso universalista, já que a Igreja fará clara distinção entre cristãos e hereges.

A partir do Renascimento, no século XII, e o surgimento das monarquias absolutistas no século XV e seguintes, “*os direitos titularizados pelos indivíduos e opostos, por eles, ao Estado, adquirem o fundamento representado pelo Direito Natural*”. (MORAES, G.;1997, p. 35) Esse período de filosofia antropocêntrica será fértil para o florescimento dos direitos humanos, já que é aqui que surgem as estruturas do Estado Moderno.

Já no século XX, a doutrina privatista e liberal, que irá prevalecer ao longo da modernidade, será profundamente abalada e, conseqüentemente, reformulada pelas doutrinas socialistas. Será o momento da gestação dos direitos e valores econômicos, culturais e sociais pela óptica da coletividade, e não meramente do indivíduo.

Por fim, com o término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, uma nova fase dos direitos humanos se anuncia: a da proteção internacional da pessoa humana. Direitos outrora reconhecidos apenas no plano interno, nacional, agora será alçado ao plano internacional (GARCIA, 2011).

Em termos de conceito, Alexandre de Moraes define direitos humanos fundamentais “*o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana*” (MORAES, A., 1998, p. 39).

Direitos humanos são cláusulas superiores, de base, porém supremas que todo indivíduo possui em face da sociedade em que está inserido. Advém de todas as reivindicações que todo ser humano almeja, sejam elas morais e ou políticas, perante a sociedade e o governo (GARCIA, 2011).

A partir da evolução histórica dos direitos humanos, é possível identificar três gerações de direitos humanos. Claro que não se trata de uma evolução linear e sucessiva. Eles não se excluem, nem se substituem. Também não significa que por falar em segunda geração, todos os problemas de efetivação dos direitos de primeira geração estejam resolvidos. Ou por se falar em terceira geração, os de segunda estejam superados. Segundo João Baptista Herkenhoff: “*a luta pela dignidade humana é uma luta única e solidária. Apenas assume aspectos particulares em face de situações específicas*” (HERKENHOFF, 1997, p. 18).

Porém, a classificação é útil do ponto de vista pedagógico e permite visualizar a institucionalização e a interação desses direitos no cenário nacional e internacional.

A primeira geração de direitos humanos corresponde aos direitos individuais, políticos e de nacionalidade. Trata daqueles direitos relacionados à liberdade. São aqueles direitos fundamentais que, basicamente, impõem a abstenção de ação do Estado, um *non facere*, ou seja, os direitos serão atendidos quando não houver qualquer tipo de ação por parte do Estado no sentido de turbá-los.

A segunda geração de direitos humanos equivale aos direitos sociais, culturais e econômicos. Esses direi-

tos, por sua vez, impõem uma ação estatal, um facere, ou seja, uma prestação positiva por parte do Estado. Isso porque a mera garantia formal dos direitos de primeira geração, não é suficiente para a promoção da dignidade da pessoa humana. Aliás, se por um lado, quando falamos de direitos de primeira geração, o Estado os violará se agir, por outro, nos de segunda geração, em havendo omissão por parte do Estado, estes direitos também serão violados.

Já a terceira geração de direitos corresponde aos direitos difusos, ou seja, aqueles considerados metaindividuais ou ainda supraindividuais, ou seja, que envolvem a coletividade. São os chamados direitos dos povos: paz, meio ambiente, proteção ao consumidor, autodeterminação dos povos, etc. (MAIA, 2018).

2.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Humanitário é a manifestação dos direitos humanos da lei da guerra. É o direito que se aplica em hipótese de guerra. Também chamado de Direito Internacional da Guerra, visa à regulamentação do uso da violência no âmbito internacional. A partir desse espírito, foi criada em 1920, a Liga das Nações que trouxe previsões genéricas sobre segurança internacional e paz. Ainda no início do século XX foi criada pós Primeira Guerra Mundial a Organização Internacional do Trabalho com o intuito de criar padrões internacionais de condições para o trabalho e bem-estar.

Em verdade, a sedimentação internacional dos Direitos Humanos surge na segunda metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Flávia Piovesan:

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. (PIOVESAN, 2007, p. 116)

Assim, se a Segunda Guerra se apresentou como momento de descontinuidade em relação aos direitos humanos, o pós-guerra significou sua reestruturação.

A internacionalização dos direitos humanos, então, foi uma resposta eficiente às atrocidades cometidas em nome da soberania estatal na primeira metade do século XX. Com a criação das Nações Unidas e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, redefine-se os postulados da Teoria do Estado e recoloca o “homem social” no centro das preocupações contemporâneas. Dessa forma, substitui-se a lógica da destruição pela arquitetura da cidadania internacional.

Tem-se, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Trata-se de uma resolução aprovada pela unanimidade de 48 Estados, que afirma o compromisso das ordens nacionais e internacional com os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (GARCIA, 2011).

A recepção de tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição Brasileira está descrita em seu Art. 5º, § 3º, *in verbis*:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

Na atual conjuntura jurídica brasileira, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um Tratado Internacional de Direitos Humanos que possui status constitucional, de acordo com o art. 5º, § 3º. Isso porque foi submetido ao procedimento descrito pelo referido dispositivo, sendo aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalendo, portanto, as emendas constitucionais. É por demais sabido que a referida Convenção não é o único tratado internacional de direitos humanos incorporados pelo Estado brasileiro, sendo vasto o rol desses diplomas. (MOREIRA, 2014).

Entretanto, em função de questões de incongruência jurisprudencial, divergências interpretativas de dispositivos constitucionais e a persistência de certa postura refratária, é possível asseverar que os diversos tratados internacionais de direitos humanos ocupam diferentes posições hierárquicas dentro do ordenamen-

to jurídico brasileiro.

Assim, embora aparente impossibilidade lógica, o que se vê no modelo jurídico vigente, são tratados internacionais, que disciplinam a mesma matéria, alojarem-se em loci distintos. Intenta-se, portanto, abordar brevemente o percurso que construiu a aludida possibilidade – ou aberração – jurídica, o que implica em compreender o status hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Tendo em vista tal interação, os tratados internacionais de direitos humanos relacionam-se de diferenciadas maneiras com o texto constitucional. Os tratados podem: “coincidir com o direito assegurado na Constituição, integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos, ou ainda, podem contrariar preceito do direito interno” (MOREIRA, 2014).

Na última hipótese, ocorre a colisão entre a Constituição e o próprio tratado internacional de direitos humanos. Nesse ponto, há um claro enfrentamento com um tema que tem suscitado divergências no cenário jurídico brasileiro: o status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos. Definir e delimitar o status jurídico dos tratados é essencial para a análise da responsabilização internacional do Estado brasileiro em casos que envolvam o desrespeito aos valores plasmados nos referidos documentos.

No presente cenário, destacam-se algumas teses que versam a respeito da posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico. A corrente da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos assevera que estes se localizam acima da Constituição, em virtude da importância de tais documentos, que possuem repercussão global e, em função de tal significação não podem submeter-se ao ordenamento jurídico pátrio (MOREIRA, 2014).

Em um segundo momento, tem-se a teoria que concebe os tratados como leis ordinárias as quais possuem a mesma hierarquia que as leis no ordenamento jurídico. Portanto, os tratados são infraconstitucionais e, por consequência, seguem a mesma lógica que regem essas leis no ordenamento. Assim, a solução para o embate entre a Constituição e um tratado internacional se perfaz tendo por base a hierarquia que o instrumento internacional possui em relação à Carta Magna.

Existe ainda outra corrente que defende que as disposições da Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos compartilham o mesmo status normativo. Em função disso, assevera que não há que se discutir hierarquia se o tratado em questão versar sobre direitos humanos, isso em virtude da relevância da matéria e da abertura proposta pelo § 2.º do art. 5.º. Consigna-se, então, que os tratados dessa espécie, possuem status hierárquico constitucional.

Portanto, em casos de colisão, essa vertente consigna que a situação deve ser analisada tendo em vista o “victim centric approach”, a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva dos direitos humanos, ou seja, tal estrutura é destinada a auferir a melhor e mais eficaz “proteção às vítimas reais e potenciais de violações de direitos humanos” (MOREIRA, 2014).

2.4 A DEFENSORIA PÚBLICA

O modelo constitucional de assistência jurídica é visualizado na Defensoria Pública, que foi criada e prevista de modo muito similar ao Judiciário e ao Ministério Público, pois previstos, constitucionalmente, somente nos níveis estadual, distrital e federal. Ou seja, assim como a Constituição não determinou a criação de um Judiciário ou um Ministério Público no âmbito municipal, também não o fez para a Defensoria Pública.

Sem dúvida, uma das evoluções do texto Constitucional de 1988 foi estipular expressamente uma instituição garantia para promoção da cidadania a partir do Sistema de Justiça: a Defensoria Pública. Com efeito, a Defensoria Pública (art. 134, CRFB/88) é – para além da dimensão organizacional do direito à assistência jurídica – uma garantia institucional para o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CRFB/88). Nessa linha de raciocínio, cita-se Tiago Fensterseifer (2017, pp. 240-241):

A Defensoria Pública, ou seja, a criação de uma instituição pública para conferir condições fáticas necessárias para o exercício do direito fundamental à assistência jurídica pode ser compreendida como expressão da dimensão (ou perspectiva) organizacional do mesmo. Mas também reflete a caracterização de uma garantia institucional. (...) Atrelado ao reconhecimento do direito à assistência jurídica (art. 5º,

LXXIV), a CF/88 tratou de estabelecer uma garantia institucional concretizadora de tal direito fundamental, no caso a Defensoria Pública (art. 134), estabelecendo um regime público para a sua proteção e efetivação.

Os defensores públicos surgiram, assim, como agentes políticos de transformação social ou agentes políticos do Estado, voltados ao reforço da cidadania, da democracia e do progresso social, bem como à impugnação da tirania da exclusão social. Assim, o papel institucional da Defensoria Pública para além do cenário processual (assistência judiciária) é também eminentemente político-democrático (MAIA, 2018).

Didaticamente, é possível destacar as distinções, mas também, aproximações entre a Defensoria Pública e o Ministério Público. As legitimidades constitucionais de Ministério Público e Defensoria Pública devem ser vistas em complementaridade sistêmica, sem sobreposição ou exclusão nos grupos de procedimentos voltados à formação de precedentes, principalmente nos casos de precedentes formalmente vinculantes. (ROCHA, 2013)

No cenário dos precedentes vinculantes brasileiros, o papel do Ministério Público é integrador da ordem jurídico-democrática (fiscal da lei e da ordem jurídica). Por outro lado, a Defensoria Pública deve permear seu papel sempre em prol de necessidades humanas e dos direitos humanos a fim de garantir o contraditório e a ampla defesa de todos os necessitados diante da ordem jurídica. Tais perspectivas possuem consequências.

Portanto, o Ministério Público, enquanto fiscal da ordem jurídica possui compromisso primeiro com a integridade desta e a Defensoria Pública, guardiã dos vulneráveis e dos direitos humanos, é compromissada com a solução hermenêutica mais favorável a estes. Por isso, Ministério Público e Defensoria Pública guardam finalidades distintas em sua intervenção processual, sendo o papel ministerial de cunho mais objetivo, pautado na integridade de ordem jurídica, sendo o Ministério Público o chamado “*Custos Legis*” (Constituição Federal, arts. 127-129) e a função defensorial mais subjetiva, vinculada ao progresso dos interesses dos vulneráveis (daí o termo “*Custos Vulnerabilis*”), nos termos de decisórios reconhecedores da possibilidade da intervenção defensorial (ROCHA, 2013).

Todavia, em algumas ocasiões, as instituições poderão convergir quando o ordenamento conferir tutela protetiva a determinados segmentos vulneráveis – caso do consumidor, constitucionalmente protegido (CRFB/1988, art. 5º, XXXII e art. 170, V) e reconhecidamente vulnerável (art. 4º, I, CDC).

No referido contexto, convém esmiuçar os papéis das duas instituições quando atuantes em processos de interesse do consumidor. Em tais situações, será muito comum que o Ministério Público e a Defensoria Pública possam apresentar posições semelhantes em prol da “coletividade consumidora” (art. 2º, parágrafo único do CDC). Entretanto, nem sempre será assim. Isso em razão de a Defensoria Pública ser subjetivamente comprometida com o interesse dos vulneráveis e o Ministério Público, objetivamente, com a ordem jurídico-democrática. Desse modo, as conclusões dos órgãos também poderão apresentar visões diversas (ROCHA, 2013).

2.5 A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

O papel da Defensoria Pública enquanto órgão interveniente processual em razão de seu interesse constitucional e legal é tema ainda incipiente. Na atuação interventiva, a instituição de defesa pública tem recebido, didaticamente, a alcunha de *Custos Vulnerabilis*, considerando os destinatários de sua atuação: os socialmente vulneráveis, carentes de alguma forma de tutela defensorial, intervenção essa inclusive reconhecida em nível de Tribunal de Justiça, tanto na esfera cível, quanto criminal.

Com efeito, a intervenção defensorial de “*custos vulnerabilis*” surge em prol do interesse constitucional da carreira e com especial força voltada à formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos, amplificando o contraditório nesse sentido. Por esse motivo, a Defensoria Pública foi admitida como órgão interveniente em favor dos consumidores e em Revisão Criminal em prol dos acusados em geral (MAIA, 2018).

No tocante a defesa dos direitos humanos pela defensoria pública, a LC 80/1994 em especial em seu inciso XI, do artigo 4º faz menção de sua função institucional em amparar os mais necessitados e os chamados

grupos sociais vulneráveis, conforme segue:

LC 80/1994: “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” (BRASIL, 1994)

Em suma, a Defensoria Pública atua subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos, representando, dessa forma, a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político. Assim sendo, para além dos expressos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, a Defensoria Pública deve ser considerada regida pelo princípio implícito do pluralismo democrático, a fim de garantir igualmente o maior acesso à Justiça e à participação político-jurídica a todos os interesses necessitados de tutela, sub-representados e vulneráveis (MAIA, 2018).

Assim sendo, nenhum interesse de indivíduo ou grupo vulnerável, por mais minoritário que seja, pode ficar de fora da tutela igualitária do modelo constitucional de Assistência Jurídica, tudo em nome do princípio do pluralismo democrático e do papel defensorial de ser expressão e instrumento do regime democrático, razão pela qual devem ser desenvolvidos instrumentos de igualitária tutela plural a partir do arcabouço normativo existente.

Ao assumir o papel constitucional de pugnar pelo reconhecimento jurídico das necessidades humanas dos vulneráveis e seus direitos humanos, a Defensoria Pública passa a ser instrumento e expressão do regime democrático aos que dela necessitem garantindo o mesmo nível de proteção a quem se encontrar em igual nível de vulnerabilidade (MAIA, 2018).

Além disso, a Defensoria Pública tem, constitucionalmente falando, uma missão mais compatível com a ideia de “amiga da comunidade vulnerável” do que uma “amiga da corte”. Ao assumir o papel constitucional de pugnar pelo reconhecimento jurídico das necessidades humanas dos vulneráveis e seus direitos humanos, a Defensoria Pública deve ser instrumento e expressão do regime democrático aos que dela necessitem garantindo o mesmo nível de proteção a quem se encontrar em igual nível de vulnerabilidade.

A partir do momento em que a Constituição conferiu à Defensoria Pública o papel de vocalizar expressões democráticas, faz-se necessário garantir o mesmo nível de tutela protetiva coletiva e de debate nos procedimentos de uniformização dos precedentes – além de proteger tais segmentos sociais vulneráveis desorganizados de retaliações políticas, pois não estão demandando diretamente.

No cenário dos grupos desorganizados, a partir do momento em que o Estado Defensor assume o papel de Custos Vulnerabilis e este papel for insuficiente, por mais harmonizador dos vulneráveis que seja, para tutelar todos os interesses de hipossuficientes envolvidos em razão do antagonismo de interesses coletivamente considerados (inclusive na formação dos precedentes), é imprescindível garantir o mesmo padrão de tutela protetiva, sem expor politicamente o grupo e permitindo a fala institucional do segmento social por meio de defensor público distinto (LC 80/1994, art. 4º-A, V).

Tratando-se de grupos hipossuficientes desorganizados, a possibilidade de representação postulatória por advogado ou defensor público é dificultosa. Nesse ponto, a Defensoria Pública deve assumir seu papel constitucional de “expressão e instrumento do regime democrático” e garantir a manifestação de cada grupo não abrangido pela manifestação institucional (custos vulnerabilis) apaziguadora dos vulneráveis. Cada novo grupo desorganizado distinto terá defensor público distinto, sendo indicado como “Defensoria Pública – Amicus Communitatis do grupo X” e assim por diante.

2.6 CASOS PRÁTICOS E JURISPRUDÊNCIAS

A seguir apresenta-se uma análise de casos práticos e jurisprudências relacionados à autonomia funcional e administrativa, bem como o seu papel na defesa de grupos vulneráveis:

2.6.1. JURISPRUDÊNCIA: CASO 1

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ORGANIZAÇÃO E ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LEIS DELEGADAS N. 112 E 117, AMBAS DE 2007. 1. Lei Delegada n. 112/2007, art. 26, inc. I, alínea h: Defensoria Pública de Minas Gerais órgão integrante do Poder Executivo mineiro. 2. Lei Delegada n. 117/2007, art. 10; expressão “e a Defensoria Pública”, instituição subordinada ao Governador do Estado de Minas Gerais, integrando a Secretaria de Estado de Defesa Social. 3. O art. 134, § 2º, da Constituição da República, é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. 4. A Defensoria Pública dos Estados tem autonomia funcional e administrativa, incabível relação de subordinação a qualquer Secretaria de Estado. Precedente. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3965, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012 REVJMG v. 63, n. 200, 2012, p. 351-355)

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2º, inciso IV, alínea c, da L. est. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/04: inconstitucionalidade declarada. 1. A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. 2. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. II. Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC est (PE) 20/98: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - malgrado o dissenso do Relator - que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. 2. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto constitucional modificado: precedentes. (ADI 3569, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe-013 DIVULG 10-05-2007 PUBLIC 11-05-2007 DJ 11-05-2007 PP00047 EMENT VOL-02275-01 PP-00160 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 96-105)

A Defensoria elabora seu próprio orçamento, respeitando os limites impostos pela Lei de Diretrizes orçamentárias, encaminhando posteriormente ao poder executivo. Depois de aprovada a Lei de diretrizes orçamentárias, a Defensoria tem o direito de receber ½ do orçamento imediatamente, o que é conhecido como repasse do duodécimo. Ainda, existe a autonomia legislativa - o termo mais correto seria a palavra iniciativa, e não autonomia, isso porque ainda se depende do poder legislativo para realizar a aprovação.

2.6.2 JURISPRUDÊNCIA: CASO 2

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLA-

NO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO.

1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória (CPC, art. 530). Excepcionalmente, tem-se admitido o recurso em face de acórdão não unânime proferido no julgamento do agravo de instrumento quando o Tribunal vier a extinguir o feito com resolução do mérito. 2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito. 3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, “é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que “comprovarem insuficiência de recursos” (CF, art. 5º, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental. 4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - “a defesa dos necessitados” (CF, art. 134) -, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro. 5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas. 6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade. 7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado. 8. Diante do microssistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes. 9. Recurso especial provido. (REsp 1192577/RS, Rel. Ministro LUIS FELLIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 15/08/2014).

Conforme jurisprudência acima, verificou-se que teve como foco a análise da Defensoria Pública e seus procedimentos legais na defesa dos Direitos Humanos, sob a ótica dos doutrinadores e intérpretes da Constituição, adequando à realidade de uma sociedade. Sendo assim, analisando dentro do escopo da função social da Defensoria Pública para a implementação e abordagem do contexto da interpretação dos aspectos jurídicos e constitucionais.

Verificou-se que a interpretação constitucional está relacionada com a evolução histórica da democracia, contribuindo para a origem e consequência organizativa do conteúdo axiológico para a Constituição, constituindo um instrumento para a garantia da dignidade da pessoa humana, valorizada nos tempos atuais.

Ada Pellegrini Grinover (2008), ao relacionar o resgate dos meios autocompositivos com a crise do Judiciário, menciona três fundamentos para adoção das vias conciliativas, quais sejam, o fundamento funcional, fundamento político e o fundamento social.

Alguns conflitos são levados ao Judiciário por meio de ações coletivas, mas a grande maioria ocorre por ações individuais, circunstância que vem agravando a sobrecarga dos serviços judiciários. A falta de uma política pública de tratamento adequado de conflitos, de fato, foi apontada como uma das causas para o agravamento da crise do sistema judiciário e neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, em 29 de novembro de 2010, a Resolução nº 125, cujos objetivos basilares podem ser atribuídos à eficiência operacional, ao acesso à Justiça e à pacificação social.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo-se uma síntese dos estudos aqui apresentados, pode-se dizer que na história constitucional do Brasil, os necessitados e sua assistência judiciária são lembrados desde a Constituição de 1934. Entretanto, foi na Constituição de 1988 que a assistência a estes deixou de ser meramente judiciária, para se tornar mais ampla – assistência jurídica. A Constituição de 1988 também nacionalizou, com mandamento de interiorização, a Defensoria Pública enquanto modelo constitucional de assistência jurídica, ou seja, a Defensoria surge como garantia institucional e organizacional da assistência jurídica aos necessitados, estando incluídos nesse grupo os consumidores como polo hipossuficiente da relação de consumo, expondo seus agentes centrais (os defensores públicos), como agentes políticos de transformação social, fomentadores do respeito aos direitos humanos e aos direitos dos vulneráveis (art. 134, CRFB/88).

Dessa forma, o presente trabalho abordou por meio da revisão bibliográfica o ordenamento jurídico dos direitos constitucionais e a influência para a Defensoria Pública nos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, ficou instituído que a competência para legislar sobre assistência jurídica e Defensoria Pública (ou seja, sobre o modelo constitucional de assistência jurídica) é concorrente entre União (editando normas gerais) e Estados/Distrito Federal (com legislação suplementar), não sendo aplicável em âmbito municipal para evitar-se a necessidade de desviar recursos de competência realmente municipal pra este fim, além de evitar contrariedade à base simétrica do Sistema de Justiça nacionalizado e interiorizado que deve existir entre magistratura judicante, Ministério Público e Defensoria Pública.

Outro ponto que convém ressaltar, é a existência de funções defensoriais exercidas exclusivamente pela Defensoria Pública, e não pela advocacia dativa, tais como a propositura de ações coletivas para a tutela dos segmentos sociais vulneráveis e as atuações interventivas em ações possessórias (§ 1º, art. 554, NCPC), pois são atribuições que não equivalem à representação postulatória, equivalente à atuação advocatícia. Desse modo, não poderiam ser exercidas por advocacia por ofenderem a concepção de “defensor natural” (art. 4º-A, IV, LC 80/1994) e de “órgão natural” para “processamento” (“impulsionar”) da defesa pública (CRFB/88, art. 5º, LIII) – garantia contra designações casuísticas e aleatórias ao arrepio das garantias constitucionais dos necessitados.

Em síntese, o modelo constitucional de assistência jurídica, a Defensoria Pública, foi criado e originado a partir de um paradigma interinstitucional simétrico com as demais carreiras nacionalizadas e interiorizadas do Sistema de Justiça – Magistratura e Ministério Público –, não sendo constitucional quebrar tal simetria. Ademais, no uso da competência concorrente, Estados membros e Municípios devem respeitar as disposições gerais da União. Entretanto, nada impede o apoio municipal à instalação das Defensorias Públicas constitucionalmente previstas em sua respectiva sede, em cooperação federativa, pelos meios administrativos pertinentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 19ago. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº80, de 12 de Janeiro de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos: sinopses jurídicas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017

GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia. **Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos – Vol. III**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011

GRINOVER, Ada Pelegrini. Fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistatura**, v.2, n. 5, abr. 2008, p. 1.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos: construção universal de uma utopia**. 3. ed. Aparecida: Santuário, 1997, p. 18.

MAIA, Maurilio Casas. **O Modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria Pública) e o sistema federativo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2018

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto em método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998.p. 39.

MORAES, Guilherme Braga Peña. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria**. São Paulo: Ed. LTr, 1997

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Nelson Camata. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. IBDC, 2014.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.2016

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 7ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ROCHA, Amélia Soares. **Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Aiston Henrique de et al. **Manual de Mediação Judicial**. 3.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses**. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar. Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TÓPICOS SOBRE A DEFESA NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO CURADORA ESPECIAL



Aryne Cunha do Nascimento

RESUMO A atuação da Defensoria Pública nas demandas que exigem a participação de Curador Especial está prevista no art. 72, do Novo Código de Processo Civil, e visa à proteção dos interesses de litigantes que, por circunstâncias previstas na legislação processual, não reúnem condições de participar do processo diretamente, seja pela impossibilidade de acompanhar o processo diante da privação do direito de ir e vir, seja pela ausência de plena capacidade postulatória, seja pela impossibilidade de sua localização após exauridas todas as tentativas para encontrá-lo. Para que haja a nomeação de Curador Especial, no entanto, devem ser atendidos os seus respectivos requisitos, sendo possível apenas em situações excepcionais, tendo em vista que o conhecimento ficto quanto à existência da demanda judicial torna essencialmente processual a defesa jurídica, que, neste caso, deve ser realizada mesmo que não haja contato com o interessado, hipótese em que a análise legal do processo será preponderante para o sucesso da defesa, já que nestas circunstâncias é desconhecida a versão sobre os fatos contra ele sustentados. Neste momento, destaca-se como principais teses de defesa a sustentação da ocorrência da prescrição, de nulidade da nomeação de Curador Especial e de Inépcia da Inicial, quase sempre aplicáveis conforme o caso concreto. Diante de tal realidade, é importante delinear as nuances da atuação da Defensoria Pública na função de Curadora Especial, destacando em especial as referidas teses de defesa, uma vez que são marcantes na rotina jurídica da atuação do Defensor Público que atua nesta especialíssima condição de Curador.

Palavras-chaves: Defensoria Pública. Curador especial. Teses de defesa. Prescrição. Inepcia da Inicial; nulidades; requisitos.

ABSTRACT The performance of the Public Defender's Office in the demands that require the participation of the Special Curator is provided for in art. 72 of the New Code of Civil Procedure, and seeks to protect the interests of litigants who, due to circumstances provided for in procedural law, do not qualify to participate directly in the process, either because of the impossibility of following the process in the face of deprivation of the right to go and come, either because of the lack of full postulatory capacity or the impossibility of its location after all attempts to find it have been exhausted. In order to appoint a Special Curator, however, their respective requirements must be met, and it is possible only in exceptional situations, given that the factual knowledge of the existence of the judicial claim essentially renders the legal defense essentially procedural. In this case, it should be done even if there is no contact with the interested party, in which case the legal analysis of the case will be preponderant for the success of the defense, since in these circumstances the version about the facts against him is unknown. At this moment, the main defense theses stand out as the support of the prescription, the nullity of the appointment of Special Curator and the Ineptitude of the Initial, almost always applicable according to the specific case. Given this reality, it is important to delineate the nuances of the Public Defender's role in the role of Special Curator, highlighting in particular those theses of defense, since they are striking in the legal routine of the Public Defender's role that acts in this very special condition of Curator

Keywords: Public Defense; Special healer; Defense theses; Prescription; Ineptitude of the Initial; Nullities; Requirements.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda a atuação da Defensoria Pública na condição de Curadora Especial e tem como objetivo traçar as principais teses de defesa sustentadas na rotina de trabalho diante da vara cível, destacando aquelas com maior efetividade e com pontencial de sucesso na defesa do interessado.

Inicialmente serão estabelecidos os aspectos conceituais da atuação do curador especial e os seus aspectos essenciais, encerrando o trabalho com o detalhamento das teses mais recorrentes na atuação do curador especial, sem prejuízo da existência de outras conforme as circunstâncias do caso concreto.

2 A ATUAÇÃO COMO CURADORA ESPECIAL

A curatela especial foi prevista pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico no Decreto 737, de 25 de novembro de 1950, e sua origem no país remonta aos tempos do Brasil colônia, sendo, portanto, uma herança do direito português, instituída para garantir o equilíbrio processual entre as partes e, sobretudo, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa.

A realidade processual desde o princípio revelou a necessidade de garantir proteção aos interesses daquelas pessoas que estavam impossibilitadas de exercer plenamente os seus direitos processuais na lide, entre eles o réu preso, o réu com endereço desconhecido e o incapaz - sem representante legal.

Por outro lado, o Judiciário precisa dar a resposta ao autor que busca a tutela jurisdicional, o que exige a adoção de medidas que garantam ao mesmo tempo a continuidade processual, o fluxo legal, e a garantia da ampla defesa e do contraditório à parte que tem uma Ação contra ela proposta, mas não pode participar do processo diretamente, seja por desconhecimento do local de domicílio, seja por impossibilidade física decorrente de prisão, ou ainda por não possuir legitimidade para agir por si mesmo perante a Justiça.

Nesse contexto, surge o instituto da Curatela Especial, como medida necessária e suficiente para garantia da isonomia processual entre as partes, ainda que uma delas tenha ciência do processo apenas de maneira ficta, através da publicação de Edital de Citação.

E neste ponto, vale dizer que se entende ficta a citação por edital porque ocorre através de publicação no Diário de Justiça, que é veículo público de comunicação dos atos processuais. O legislador optou por presumir que o destinatário tomou conhecimento já que é conduta disponibilizar a notificação em um veículo público e, em tese, disponível a todos, sem restrição, podendo o magistrado determinar que seja ainda publicado em jornais locais de grande circulação, às expensas da parte autora, que deveria indicar o endereço do requerido.

Não faz parte dos costumes da nossa sociedade, no entanto, realizar consultas periódicas em Diários Oficiais a fim de verificar uma possível notificação, e nem seria viável para todos os interessados, dada a necessidade de acesso à internet (o que envolve custos) para conhecer o teor de tais periódicos (numerosos, considerando que são publicados diariamente no âmbito da justiça estadual, federal, trabalhista, eleitoral, etc.), sobretudo se considerar a fragilidade financeira e a baixa escolaridade de muitos.

Diante de tais circunstâncias, além da previsão de nomeação de Curador Especial em tais circunstâncias, foi previsto também que este mister caberá à Defensoria Pública e, nesta função, a defesa poderá ser realizada por negativa geral. Mas como garantir a defesa necessária e eficiente em processos em que não há contato com a parte interessada? E quando a parte interessada é incapaz ou está presa?

É interessante destacar que o acesso à justiça efetiva-se com a entrega da tutela jurisdicional, cabendo ao magistrado não somente receber o pedido inicial, quando preenchidos os requisitos pertinentes, mas também viabilizar a tramitação e o julgamento do feito, utilizando os meios processuais necessários para este fim.

Entre os mecanismos processuais disponíveis, o código de processo civil prevê a citação por Edital e a nomeação de curador como forma de garantir a paridade de armas entre as partes, assegurando o exercício do contraditório e da ampla defesa, mesmo quando é impossível a participação pessoal do demandado. No mesmo sentido, ensina Giuseppe Chiovenda consoante a seguinte passagem:

(...) constitui-se a relação processual com a demanda judicial no momento em que

se comunica à outra parte (CPC, art. 38), porquanto não se pode estatuir sem que haja ouvido ou citado a parte contra quem se propôs a demanda. A preparação do pronunciamento do juiz forma-se normalmente por meio de atividades contrastantes das partes, cujos interesses se acham em oposição.. Pode efetivamente faltar o contraste: basta que se cumora quando prescreve a lei para torná-lo possível. (...)

A nomeação de curador especial atende, portanto, as duas partes da demanda, visando ao equilíbrio processual e ao julgamento do feito, evitando que por um lado a pessoa interessada fique impedida de receber a tutela jurisdicional, e por outro que o demandado citado de forma precária seja processado sem observância dos princípios do devido processo legal.

Neste sentido, ensina Cândido Rangel Dinamarco destacando que “*na prática da isonomia pelo juiz esse dever inclui não só o de oferecer oportunidades iguais de participação aos litigantes, mas também o de pô-los sempre em situação equilibrada (...)*”. E continua:

“Há casos em que a reação se impõe como absolutamente indispensável, falando a doutrina, com relação a eles, na necessidade de um contraditório efetivo. É o que se dá quando a citação tiver sido feita por meios precários, como a publicação de editais, vindo o réu a permanecer revel. A lei manda que o juiz dê curador a esse demandado (CPC, art. 72, inc. II), com o múnus de oferecer obrigatoriamente a defesa, sob pena de nulidade de todos os atos processuais subsequentes. Assim sucede, fazendo-se necessária uma reação que em casos normais seria somente possível, justamente porque a informação não foi feita de modo confiável. Não se sabe se o réu não respondeu à inicial porque não quis ou porque não soube da sua propositura.”

À luz desse entendimento, fazendo um paralelo entre as três previsões de nomeação de Curador Especial na demanda, em uma rápida análise, observa-se que o réu preso pode ainda ser acessado através de requisição do juízo para comparecimento em audiências. Ademais, eventualmente será possível realizar visitas nos locais prisionais e, a partir disso, obter mais informações do interessado além disso, com a colaboração de familiares e pessoas ligadas ao preso, efetivamente conseguir suprir a dificuldade processual vivenciada posto que se encontra restringido o direito de ir e vir do apenado.

Quanto ao menor incapaz que se encontra desassistido por serem conflitantes os seus interesses diante do seu representante legal, este fica impedido e o Curador Especial ingressa na controvérsia como forma de garantir a tutela dos interesses do incapaz, podendo adotar medidas contrárias ao representante legal.

Essa necessidade é bastante comum nas ações que objetivam o reconhecimento pós morte de união estável proposta contra os herdeiros do falecido que são também os filhos da parte autora. Isso também acontece nas ações de inventário quando o interesse do cônjuge sobrevivente vai de encontro com o interesse do filho menor havido com o *de cujus*. Nesses dois casos, o representante legal fica impossibilitado de defender os interesses do incapaz, fazendo surgir a necessidade de nomeação de Curador Especial.

Observe que nas duas hipóteses exemplificadas acima é possível o contato com o interessado, o que facilita a atuação enquanto Curador Especial. Tal fato não ocorre, por outro lado, quando o réu não é localizado nos endereços indicados pela parte autora da demanda, pois neste caso a citação é puramente ficta e não há acesso à pessoa interessada.

E é nesta última hipótese que surgem os maiores desafios para o Curador Especial, pois, sem conhecimento algum da versão dos fatos segundo o curatelado, a defesa deve ser realizada de maneira eficiente, garantindo a proteção aos direitos do demandado mesmo sem saber o que ele teria a dizer em resposta à Ação Judicial contra ele proposta. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

“A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (CF, art. 5º, LIV e LV).

É no conjunto dessas normas do direito processual que se conseguem os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes.”

Diante dessa dificuldade, o legislador previu a possibilidade de apresentação de defesa por negativa geral, conforme inteligência do art. 341, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil, excluindo o Curador Especial do ônus da impugnação específica.

Tal premissa, no entanto, garante apenas a viabilidade de apresentação de defesa, mas não assegura o sucesso na defesa dos interesses do curatelado, consistindo em mais uma norma processual que visa à continuidade do processo e à tramitação do feito ao seu desfecho final, com a entrega do decisum aos envolvidos na demanda.

3 PRINCIPAIS TESES

A ratio lógica é que a defesa no exercício do múnus de Curador Especial será essencialmente processual, através do exame da legalidade dos atos anteriores à nomeação do Curador Especial, e, no mérito, analisando a validade dos documentos apresentados e a possível ocorrência de causas de extinção do processo, entre elas a prescrição. Neste mesmo sentido está o entendimento do renomado processualista Humberto Theodoro Júnior, conforme a passagem, *in verbis*:

Ao curador incumbe velar pelo interesse da parte tutelada, no que diz respeito à regularidade de todos os atos processuais, cabendo-lhe ampla defesa dos direitos da parte representada, e podendo, até mesmo, produzir atos de resposta como a contestação e a reconvenção, se encontrar elementos para tanto, pois a função da curatela especial dá-lhe poderes de representação legal da parte, em tudo que diga respeito ao processo e à lide nele debatida. Não pode, naturalmente, transacionar, porque a representação é apenas de tutela e não de disposição.

Em que pese não seja possível nesses casos o contato direto com o interessado, a análise de direito em todos os aspectos do processo efetivamente resguarda os interesses do demandado, sendo bastante frequentes os casos em que a Inicial não está instruída suficientemente, ou não traz as informações indispensáveis ao exercício do contraditório.

Para melhor compreensão, vale mencionar as hipóteses em que o objeto da ação é a cobrança de valores, seja de aluguéis atrasados e encargos, seja de cédula de empréstimo bancário. Nessas hipóteses é indispensável a indicação específica das mensalidades e das parcelas não pagas, sob pena de ofensa ao contraditório. É comum, no entanto, nesses casos deparar-se com informações confusas, incompletas e planilhas que não especificam valores devidos e valores pagos.

Nesses casos, deve ser alegada a Inépcia da Inicial, uma vez que – não preenchidos os requisitos da petição inicial – a extinção do feito é consequência que deve ocorrer, já que a ampla defesa e o contraditório devem ser exercidos pelo demandado mesmo quando não pode ser localizado para se defender diretamente no processo.

Destaca-se que a análise dos requisitos da petição inicial deve ser observada não somente na fase de conhecimento, mas também na fase de execução, sob pena de indeferimento, uma vez que o não preenchimento de tais requisitos é essencial ao exercício da defesa da parte contrária.

Acrescidos aos requisitos gerais da petição inicial, o pedido de cumprimento ou execução que visa ao recebimento de quantia certa, deve ainda apresentar a respectiva planilha e as informações pormenorizadas da dívida e o índice de atualização aplicado. Neste contexto, note-se que Fredie Didier Jr ensina que:

“Uma vez recebida a petição inicial, cabe ao magistrado, antes de deferi-la e determinar a citação do executado, exercer sobre ela o juízo de admissibilidade, verifi-

cando se a peça satisfaz os requisitos de validade”

Veja que é princípio basilar do devido processo legal o processo assegurar a isonomia entre as partes e garantir que ambas possam defender os seus interesses de maneira eficiente.

Não é possível, desse modo, dar continuidade ao processo que não reúne as condições de garantir tais direitos a todos os interessados, sendo a inépcia à inicial a primeira tese avaliada no momento em que a defesa está sendo traçada em sede de Curadoria Especial.

Em seguida, e igualmente importante, deve ser realizada a análise de validade e pertinência dos documentos carreados aos autos pela parte autora, chegando finalmente às questões de mérito, nelas destacando-se as hipóteses de prescrição.

Neste ponto, frise-se que em especial destaca-se a ocorrência da prescrição extintiva, diante da qual a pretensão defendida perde completamente a sua força, deixando de ser exigível e tornando-se, portanto, causa de extinção do processo com resolução do mérito.

Para que seja declarada pelo juízo, contudo, há de se intimar previamente a parte autora da demanda, à luz do princípio da não surpresa e do contraditório, ainda que a sua verificação ocorra de ofício. Neste sentido, vejamos o julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: “[...] o juiz suspenderá [...]”). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.

(...)

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato; 4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.
(...)

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).

Neste ponto, é importante destacar que com o advento do Novo Código de Processo Civil, a prescrição intercorrente ganhou força e novos contornos, sendo uma das principais teses aplicáveis nos processos com atuação de curador especial, uma vez que diante da impossibilidade de localização do demandado e quase sempre de bens disponíveis à penhora, o processo segue sendo arrastado pela parte autora sem nenhuma expectativa de sucesso e sem qualquer coerência com a efetividade jurisdicional, inchando as unidades judiciais com feitos que dificilmente trarão o resultado buscado pelo autor.

É certo que o Judiciário deve buscar a eficácia das suas decisões, porém, é contra a sistemática processual a manutenção de feitos inúteis, nos quais já foram esgotados todos os meios de localização de bens e do devedor. Sem condições de continuar, o processo nesses casos fica parado indefinidamente, sem que o autor promova qualquer ato a fim de garantir a eficácia da tutela jurisdicional recebida.

Por esta razão, o legislador previu em seu art. 721, do Novo Código de Processo Civil a prescrição intercorrente, que visa evitar o prolongamento desmedido de ações que não apresentam condições de cumprimento. Veja-se o texto legal, *in verbis*:

Art. 921. Suspende-se a execução:

I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;

II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;

V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer

tempo forem encontrados bens penhoráveis.

§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

Neste diapasão, outro ponto que merece especial atenção, é o prazo prescricional a ser aplicado em cada demanda. Para tanto, deve-se atentar para o teor da Súmula 150, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*”.

Para a contagem do prazo prescricional, há de se atentar primeiramente para a data de propositura da ação, uma vez que o Novo Código de Processo Civil entrou em vigor com aplicação imediata nos feitos que ainda aguardavam julgamento, conforme a sua regra de transição prevista no art. 1.056, sendo aplicável o prazo máximo de 10 anos, computado o prazo remanescente após o advento do Novo Código de Processo Civil.

Na fase de execução, o prazo prescricional que deve ser observado é o mesmo aplicado ao direito reconhecido em sentença, em conformidade com a Súmula 150, do Supremo Tribunal Federal, conforme acima explicado. Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. CABIMENTO. TERMO INICIAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO CREDOR-EXEQUENTE. OITIVA DO CREDOR. INEXISTÊNCIA. CONTRADITÓRIO DESRESPEITADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 947 do CPC/2015 são as seguintes: 1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).

1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).

1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.

2. No caso concreto, a despeito de transcorrido mais de uma década após o arquivamento administrativo do processo, não houve a intimação da recorrente a assegurar o exercício oportuno do contraditório.

3. Recurso especial provido.

Incidente de Assunção de Competência, Resp 1604412/SC, Rel. Marco Aurélio Bellizze, Órgão Julgador – Segunda Seção, data do julgamento: 27/06/2018, data da publicação: 22/08/2018

Ademais, sem o escopo de esgotar a matéria, mas sim no intuito de destacar as teses mais recorrentes na defesa do demandado no exercício do *múnus* de Curadora Especial, deve-se atentar para o prazo prescricional aplicável às cédulas de crédito bancário.

Neste tocante, em especial, o prazo que deve ser observado é o mesmo previsto para os títulos de crédito, ou seja, trata-se de hipótese de prescrição quinzenal.

Por fim, outro aspecto importante na atuação da Defensoria Pública no exercício da curadoria especial, é a possibilidade de recebimento de honorários sucumbenciais, sendo indevidos apenas quando atuar contra a fazenda pública, consoante a Súmula 421, do Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, ensina Humberto Theodoro Júnior, in verbis, que:

(...) a Defensoria Pública no exercício da curatela especial tem direito à percepção de honorários sucumbenciais, quando vencedora a parte curatelada, conforme entendimento da 2 Turma do STJ, que possui entendimento majoritário. A primeira turma do STJ entende que os honorários do curador especial devem ser antecipados, recebendo o mesmo tratamento destinado aos peritos, mas este entendimento é minoritário.

A atuação da Defensoria Pública no exercício da Curadoria Especial revela-se, portanto, eficaz ao fim a que se destina, uma vez que, da análise dos autos e à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a defesa é construída em conformidade com os aspectos processuais de constituição e validade, observado o ônus probatório da parte autora quanto aos fatos sustentados na Inicial, o que também é submetido ao crivo no Curador Especial que, nesta condição, exigirá a plena observância do ordenamento jurídico e o fiel cumprimento das normas processuais, devendo sempre atentar, especialmente, para a ocorrência das teses aludidas neste arrazoado, uma vez que levam ao sucesso na defesa do demandado e são bastante comuns nos feitos que envolvem a nomeação de curador especial.

4 CONCLUSÃO

A atuação da Defensoria Pública no exercício da curadoria especial visa à garantia do equilíbrio processual entre as partes, sobretudo em razão da indispensável possibilidade de contraditório e ampla defesa aos litigantes, sendo vedado no ordenamento pátrio a existência de demanda sem a tutela dos interesses do requerido.

O que deve ser observado como mandamento constitucional decorrente do devido processo legal, sendo suscitados no feito todos os argumentos jurídicos para o sucesso na defesa, sobretudo no aspecto processual e à luz do princípio da legalidade, sempre que possível sustentando as teses indicadas neste arrazoado, dada a efetividade que possuem, as quais são especialmente destacadas neste trabalho em razão da frequente ocorrência nos feitos que envolvem a atuação de Curador Especial, sem prejuízo de outras matérias de defesa observadas no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHIOVENDA, Giuseppe; **Instituições de direito processual civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. v. 1

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, B. V. C; **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

JÚNIOR, F. D. et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 3. ed. Bahia: Juspodvm, 2011. v. 5.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

MONTEIRO, W. D. B; PINTO, A. C. D. B. M. F; **Curso de direito civil: subtítulo do livro**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

PEREIRA, C. M. D. S; **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

DIREITO E LITERATURA: UMA RELAÇÃO A SERVIÇO DA JUSTIÇA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL



Eufrásio Moraes de Freitas Neto

RESUMO O presente artigo tem por objetivo apontar zonas de interseção entre o Direito e a Literatura, bem como demonstrar que o maior estudo e aplicação pelo jurista dos elementos advindos destes pontos em comum favorece o exercício da função jurisdicional, em especial a aproximação da verdade e da justiça, bem como amplia a capacidade hermenêutica. Ainda, mostrar que projetos que promovem a leitura de obras clássicas nos presídios auxiliam no alcance do fim precípua do Direito, a pacificação social.

Palavras-chaves: Direito; Literatura; Hermenêutica; Ressocialização.

ABSTRACT The purpose of this article is to point out areas of intersection between law and literature, as well as to demonstrate that the greater study and application by the jurist of the elements arising from these points in common favors the exercise of the judicial function, especially the approximation of truth and truth, as well as extends hermeneutic capacity. Also, to show that projects that promote the reading of classic works in prisons help in achieving the primary end of law, social pacification.

Keywords: Right; Literature; Hermeneutics; Resocialization.

INTRODUÇÃO: AO PERSEGUIR METAS, O JUDICIÁRIO DEIXA ESCAPAR SEU OBJETIVO

A compreensível insatisfação com a morosidade do sistema de justiça fez surgir no Brasil um maior controle do estoque dos processos judiciais exercido por meio do Conselho Nacional de Justiça e, por consequência, pelas corregedorias dos tribunais. Definidas metas, os magistrados passaram a ter seu desempenho medido por critérios numéricos, tais como, julgar mais processos que os distribuídos; julgar 80% dos processos distribuídos até 31/12/2015 no 1º grau; e identificar e julgar 50% dos casos pendentes de julgamento relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher distribuídos até 31/12/2018.

Uma maior racionalização no fluxo de processos é bem-vinda, por não deixar ao alvedrio de cada magistrado o critério da ordem de julgamento, bem como por promover o necessário controle do desempenho da atividade jurisdicional que, ao fim e ao cabo, é também um serviço público. Contudo, não se pode perder de vista que a boa qualidade de um serviço não deve ser medida apenas pela velocidade em que ele é prestado. Justiça lenta não é justiça, mas justiça apressada também não é.

Assim, é fundamental que o julgador tenha acurada sensibilidade em suas decisões, atentando para todas as nuances que envolvem o comportamento humano. Tal proceder exige um exercício interdisciplinar, pois o Direito, isoladamente, não é capaz de fornecer o necessário para tanto.

O conhecimento, em verdade é uno, sua fragmentação ocorre por razões metodológicas e pela própria incapacidade do ser humano em absorver tudo. Assim, para se aproximar o máximo possível da justiça e da verdade, há que se almejar essa unidade, por meio da busca de resposta em outras áreas principalmente das ciências sociais.

É aqui que reside o escopo desse trabalho, encontrar áreas de interseção entre o Direito e, mais especificamente, a Literatura. Com relativa frequência, obras literárias abordam casos judiciais e personagens do meio jurídico ou têm como pano de fundo princípios diretamente ligados à justiça. Além disso, não se pode negar que os processos judiciais possuem conotação literária ao conter em si uma história delimitada no tempo e no espaço com personagens, narradores, enredo e desfecho, este último materializado na sentença.

Assim, o operador do Direito pode se valer da criação literária de grandes escritores para enriquecer sua formação profissional, bem como para solucionar casos submetidos a julgamento.

É impossível, por exemplo, não experimentar desconforto com a história do bancário Josef K. na obra “O Processo”, de Franz Kafka. O personagem principal, por se ver preso e processado, busca de todo modo em diversos órgãos descobrir quais as acusações recaem sobre ele, porém sempre encontra como resposta informações evasivas e ininteligíveis. Não a sentença, mas o mero trâmite do feito esvai suas forças, revelando o quanto o processo pode representar um peso na vida de uma pessoa, assim como a necessidade do operador do Direito ter linguagem acessível aos jurisdicionados.

Faz parte do cotidiano da Defensoria Pública realizar atendimento de um sem número de desvalidos que desconhecem mesmo a legislação mais simples e que – algumas vezes acusados de algo, outras em busca de um direito – veem na instituição um instrumento para solucionar seus problemas. Assim, cabe à cada uma das pessoas que compõem o quadro da Defensoria ter a sensibilidade de ser um facilitador, evitando os intermináveis encaminhamentos para outros órgãos, situação que tanto caracteriza o serviço público, e empregando linguagem acessível aos assistidos.

Os processos judiciais, por sua vez, refletem um momento da sociedade, são narrativas históricas capazes de atestar o modo de viver, os valores predominantes e o arcabouço jurídico vigente à época.

A classificação mais comum dessas áreas de interseção entre Direito e Literatura tem sido: Direito na Literatura; Direito como Literatura; e Direito da Literatura. As duas primeiras já foram de forma breve explicadas acima, porém serão melhor detalhadas nas próximas linhas. O Direito da Literatura costuma ser definido como o apanhado legal que regula a produção literária – direito à propriedade intelectual, à liberdade de expressão e normas relativas às relações contratuais para produção e difusão da obra.

Contudo, essa terceira classe, em verdade, não representa verdadeiro encontro entre Direito e Literatura. É um ramo do Direito que não promove troca de conhecimento com o mérito das obras literárias. Sua aplicação na Literatura em nada difere das demais artes. Portanto, o presente trabalho se propõe a substituí-la pela análise da Literatura e ressocialização de pessoas presas.

2 DIREITO NA LITERATURA

O diálogo entre Direito e Literatura tem seus primeiros registros com a publicação do ensaio *A List of Legal Novels*, de John Wigmore, no qual são listadas e classificadas diversas obras com temas jurídicos. RODRIGUES afirma que

Publicado em 1909, o texto traz uma relação de cem romances com temáticas jurídicas diversas, metodicamente divididas em grupos específicos. Entre os autores e romances listados estão Charles Dickens (Oliver Twist, Os Cadernos de Pickwick, A Loja de Antiguidades e Barnaby Rudge); Alexandre Dumas (O Conde de Monte Cristo); George Eliot (Adam Bede); Henry Fielding (Tom Jones); Nathaniel Hawthorne (A Letra Escarlate) e Walter Scott (The Heart of Midlothian e Ivanhoé).

No Brasil, a experiência interdisciplinar entre os dois ramos tem ganhado mais atenção recentemente, com destaque para o trabalho desenvolvido pelo professor Lenio Streck, que apresenta o programa *Direito & Literatura*, dirigido pelo professor André Karam Trindade e produzido pela TV Unisinos. O programa, que vai ao ar pela TV Justiça e é disponibilizado na plataforma YouTube, aborda temas específicos e, por meio do diálogo interdisciplinar com profissionais de outras áreas, apresenta o tratamento dado pela Literatura e pelo Direito.

Por meio da imaginação, a boa literatura permite ao leitor a possibilidade de conhecer a si e a tipos humanos com os quais não teria contato em sua limitada experiência de vida, bem como a de se deparar com situações as mais diversas que podem ter em comum a aplicabilidade de princípios universais. Portanto, o jurista que se dedica à leitura de obras clássicas tem sua capacidade de “ler” o ser humano e a realidade de maneira mais precisa, podendo aplicar o conhecimento adquirido para melhor solucionar as lides, aproximando efetivamente a sentença da justiça.

A guisa de exemplo, Neves (2019), ao garimpar os ensinamentos jurídicos nas obras de Shakespeare, aponta um elemento de grande relevância para o Direito Penal ao afirmar que

Shakespeare coloca o homem no centro das ações e somente ele pode ser responsabilizado pelo que acontece.

Shakespeare desperta esse complexo raciocínio ao aplicador do Direito. Como refletiu San Tiago Dantas, “a experiência individual da obra é o mais seguro instrumento da sua compreensão universal”. Ao apreciar a norma e o caso concreto, deve-se, forçosamente, interpretar a vida, as grandezas e carências da natureza humana.

Como registra Bárbara Heliodora, “sem jamais voltar para as lições de moral, Shakespeare prefere deixar bem claro que o homem é sempre responsável pelas suas ações e que toda ação tem consequências”. Com efeito, nas suas peças, a relação e causalidade e de responsabilidade é uma constante.

Por outro lado, a emulação é uma consequência natural do contato com o outro e, ao ter acesso à produção literária dos grandes autores, natural introjetar o processo criativo que será de significativa valia e aplicabilidade no Direito. No dizer de FERNADES; CAMPOS E Maraschin (2019):

A reciprocidade entre direito e literatura permite ao direito assimilar as características da literatura, em especial a criatividade, a crítica e a inovação, permitindo um renovado olhar sobre as certezas e convencionalismos próprios do fenômeno jurídico, ampliando o espaço da crítica ou nos dizeres de TRINDADE e GUBERT (2008), permitindo aos juristas enfrentarem questões éticas e morais, cujas respostas não se encontram nos manuais e muito menos nos códigos.

Além disso, o domínio do vernáculo e a concatenação adequada dos argumentos, típicas habilidades dos autores consagrados, permitem ao operador do Direito transportar para sua lida profissional a boa capacidade de expressão, qualidade indispensável a quem trabalha essencialmente com o convencimento.

Cumprir destacar, também, que o jurista é essencialmente um intérprete, pois busca na letra da lei as respostas para o caso concreto. Precisa saber identificar a mens legis, seu espírito, seus valores. Assim, a Literatura, por exigir intenso exercício interpretativo, é bom instrumento para o desenvolvimento da capacidade hermenêutica. O bom leitor é o que sabe extrair a essência da obra literária, o que está nas entrelinhas, correlacionando a parte com o todo, indo além do sentido literal, ainda que com a parcimônia necessária. O mesmo ocorre com o intérprete da lei. Afinal, no dizer de Schwartz (2004), ambos são textos, “o que os diferencia tem suporte na proposição de que do Direito se espera o comando e da Literatura se aguarda o belo” e realizar essa aproximação “pode restaurar a essência das coisas, visto que as leis nascem das letras”.

3 DIREITO COMO LITERATURA

Os estudiosos que examinam o Direito como Literatura fazem uso das ferramentas da crítica literária para analisar a produção textual da argumentação jurídica, pois, conforme GRIMM apud STRECK E TRINDADE, “o direito e a poesia se levantaram juntos de um mesmo leito”.

Segundo TRINDADE E BERNSTES, Benjamin Cardozo foi o pioneiro no estudo da qualidade literária do Direito, ao publicar o ensaio Law and Literature, voltado para o estudo do Direito como Literatura, em 1925, o que o torna, ao lado do já mencionado John Wigmore, os pais fundadores (founding fathers) do Direito e Literatura.

Desde então, mais estudiosos têm se dedicado ao tema e podemos concluir que o trabalho se divide em duas áreas: normativa, trabalhando a hermenêutica a partir da Literatura; processual, examinando o con-

teúdo narrativo e o tradicional estilo dos juristas – algumas vezes enérgicos, outras rebuscado e em outras cauteloso. OST apud RAMIRO, leciona que:

Neste caso, pode-se considerar a retórica judicial e parlamentar; pode-se estudar o estilo particular dos advogados, um estilo que é ao mesmo tempo dogmático, tautológico e performativo. Pode-se comparar métodos de interpretação entre textos literários e textos jurídicos. Esta perspectiva tem sido desenvolvida amplamente nos Estados Unidos, basta dar uma olhada no trabalho de alguns autores como Ronald Dworkin y Stanley Fish.

Considerando esta “retórica parlamentar”, faz-se necessário relembrar a função de intérprete do operador do Direito. Não só o esforço para extrair o conteúdo das obras pode aprimorar a capacidade de interpretação, mas a própria técnica literária pode ser grande valia para a hermenêutica. Dworkin Apud Ramiro (2012) aponta a contribuição que a literatura pode oferecer para evitar o mero subjetivismo:

Sabemos, a partir do raciocínio equivalente na literatura, que essa descrição geral da interpretação no Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que pensa que deveria estar lá. A mesma distinção é válida entre a interpretação e o ideal. O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. [...]

Quando uma lei, Constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal, a intenção do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falante ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de ninguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política.

Quanto à análise dos processos judiciais sob a ótica literária, há que se ter em mente que, apesar da tendência recente de priorizar o meio oral, a maior parte do que é produzido durante o tramite do feito é reduzido a termo. Ademais, ainda que considerando os debates orais e gravação de depoimentos por meio audiovisual, o processo continua sendo o depósito de uma história.

O que se constata numa lide judicial, geralmente, são duas partes contando a sua versão (história) dos fatos com o objetivo de convencer o julgador (leitor) do direito que lhe assiste. Cabe ao juiz examinar a narrativa de cada um dos envolvidos – incluindo partes, testemunhas e assistentes – e indicar qual versão mais se aproxima da realidade. A conclusão do juiz é expressa na sentença, peça que narra todo o trâmite do processo e também conta a história sob outra perspectiva. Schwartz (2004) afirma que:

O Direito Processual pode ser entendido como um universo de histórias narradas pelas partes e que buscam o convencimento de um terceiro (leitor): o juiz. (...)

Ainda, não se pode olvidar que o Direito é um “contar” de histórias. Assim como os antigos perpassavam conhecimento por intermédio da oralidade, um processo judicial é, além de conhecimento (processo de conhecimento), um conjunto de histórias contrapostas uma à outra. Sua lógica sequenciada permite ao juiz a compreensão do acontecimento dos fatos, da mesma forma que uma boa obra literária reporta o leitor o entendimento linear de sua narração. A correta narrativa judicial é, portanto, um meio de assegurar uma decisão que estabilize as expectativas lançadas pelas partes em um procedimento judiciário.

Por fim, não muito raro que casos emblemáticos submetidos a julgamento sirvam de inspiração para obras literárias, revelando a via de mão dupla entre realidade e arte/Direito e Literatura.

4 LITERATURA E RESSOCIALIZAÇÃO

A Literatura também pode ser vista como instrumento para que o Direito alcance seus fins mais específicos, entre eles, o de promover a paz social, por meio da ressocialização das pessoas que cumprem pena.

A Lei n. 7.210/84, já em seu artigo 1º, afirma que, além de fazer cumprir a sentença, a execução penal tem por objetivo “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Em razão disso, cria mecanismos para a gradual reinserção em meio aberto e estimula formas para capacitação do reeducado, inicialmente por meio do trabalho e, após alterações advindas pela 12.433/11, do estudo interno.

Em seguida, começaram a surgir iniciativas de atividades extracurriculares consistentes em remir pena pela leitura. Em razão do grande número de projetos e da necessidade de conferir maior homogeneidade aos parâmetros avaliativos, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 44/2013 fixando quantidade máxima de dias/ano de remição, quantidade mínima de exemplares por obra, critério de escolha dos participantes, forma de atestar a efetiva leitura, entre outros.

Para além das questões técnico-legais, o que se percebe é que a Literatura, se bem escolhidas as obras, possui potencial para promover a introspecção do reeducando e, por consequências, fazê-lo repensar seu modo de agir, considerando os valores e virtudes que são trabalhados pelo escritor.

A escolha dos livros, para além da espinhosa discussão sobre como se deve definir o que é arte, deve estar calcada nas reflexões que serão trabalhadas. Fazer diferente é desperdiçar essa grande oportunidade de real transformação do indivíduo. Bennet (2017), por exemplo, catalogou diversas histórias destinadas essencialmente ao público jovem e as reuniu em seu livro de dois volumes denominado “O Livro das Virtudes”. Ao introduzir a obra, afirma que

A grande maioria das pessoas compartilha do respeito por certos traços fundamentais do caráter: honestidade, compaixão, coragem e perseverança. São virtudes. Como não nascemos com esses conhecimentos, precisamos aprender o que são. Podemos aprender e apreciar esses traços por meio da leitura. Podemos convidar os jovens a discernir as dimensões morais de histórias, eventos históricos, vidas heroicas. Existem excelentes histórias sobre o bem e o mal que devemos conhecer. Este livro reúne algumas das melhores, das mais antigas e mais comoventes. A literatura e a história são verdadeiras fontes de educação moral. Estas e outras histórias são fascinantes. Nenhum recurso moderno, nem mesmo a televisão, supera as boas histórias que começam com “Era uma vez...”.

Um modelo de projeto exitoso é o desenvolvido pelo juiz Márcio Umberto Bragaglia, da Vara Criminal de Joaçaba – SC, denominado “Reeducação do Imaginário”. Matéria jornalística publicada no sítio do Conselho Nacional de Justiça sobre a experiência, consta que

Os clássicos são selecionados pelo juiz levando em conta a relevância do assunto no contexto em que vivem os apenados: a relação entre responsabilidade pessoal, liberdade de escolha, condições sociais e consequências dos atos praticados. O primeiro livro foi Crime e Castigo, de Fiódor Dostoiévski. Os presos participam do projeto voluntariamente e são avaliados em relação à leitura que fizeram por meio de provas orais realizadas pela equipe do juiz, que duram cerca de 30 minutos. Já foram realizadas 720 provas e o projeto está em seu 16º livro. “Não subestimo a competência deles. Não dou livros de autoajuda, só clássicos da literatura”, diz o juiz Márcio Bragaglia. De acordo com o magistrado, a baixa escolaridade dos presos não tem sido obstáculo para a leitura das obras, que, muitas vezes, são distribuídas junto a dicionários. Algumas vezes, segundo Márcio, os detentos não têm uma compreensão imediata do que leram, mas acabam assimilando aquele aprendizado em situações vividas posteriormente. “Recentemente me

surpreendi com uma das presas que não tem o segundo grau e leu mais de 10 livros em seis meses, tendo um ótimo resultado na avaliação”, diz.

Os doze primeiros livros adotados pelo mencionado projeto foram: Crime e Castigo (Fiódor Dostoievski); O Coração das Trevas (Joseph Conrad); Otelo (William Shakespeare); Moby Dick (Herman Melville); O Vermelho e o Negro (Stendhal); A montanha mágica (Thomas Mann); Paraíso Perdido (John Milton); Macbeth (William Shakespeare); A Morte de Ivan Ilitch (Leon Tolstói); O Senhor dos Anéis (John Ronald R. Tolkien); Grandes Esperanças (Charles Dickens); Fahrenheit 451 (Ray Bradbury).

Inspirado nesse modelo, iniciativa semelhante está sendo implantada pela Defensoria Pública do Estado do Acre na Unidade Penitenciária do Quinari – UPQ, no município de Senador Guiomard/AC. Outros tantos projetos de remição pela leitura se multiplicam pelos presídios do Brasil, aproximando ainda mais Direito e Literatura, promovendo de forma eficaz a ressocialização daqueles que um dia cometeram delitos.

Transformar criminosos em leitores é usar o belo para acabar com o crime.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, constata-se que Direito e Literatura, ligados pelo manuseio das palavras, têm relação indissociável. O operador do Direito que decide se dedicar ao estudo da Literatura poderá aprimorar sua capacidade de atuação profissional por ver nas obras situações e personagens ficcionais que o auxiliarão a conhecer o ser humano, por ampliar a habilidade de bem interpretar a norma, assim como por ser capaz de melhor expressar seus argumentos.

Ademais, a Literatura, depósito de tradições, valores e virtudes, pode ser capaz de auxiliar o Direito na consecução do seu fim último, a pacificação social, a partir de iniciativas como a de promover a ressocialização de detentos pela leitura de obras clássicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENNET, Willian J. **O Livro das Virtudes** – volume 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

CARVALHO, Luiza de. **Projeto literário garante remissão de pena e recupera presos em Joaçaba/SC**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/projeto-literario-garante-remissao-de-pena-e-recupera-presos-em-joacaba-sc/>>. Acesso em 22.10.19.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Metas Nacionais para 2019**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/6bc995b76a92dd1823bef8b9a4fc51dd.pdf>>. Acesso em 22.10.2019.

FERNANDES, Cláudia Damian; CAMPOS, Karine Miranda; MARASCHIN, Cláudio; **Direito e Literatura: uma análise interdisciplinar do fenômeno jurídico a partir dos textos literários**. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/anagrama/article/view/35382>>. Acesso em 21.10.2019.

NEVES, José Roberto de Castro. **Medida por medida: o Direito em Shakespeare**. 6 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Direito, Literatura e a Construção do Saber Jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico**. Revista de informação legislativa, v. 49, n. 196. Brasília/DF: Senado, 2012.

RODRIGUES, Jocê. **Direito e literatura: a ficção entre a pena e a espada**. Disponível em <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-e-literatura-pena-espada-30122018>. Acesso em 21.10.2019.

SCHWARTZ, Gerrmano. **Direito e Literatura: proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico.** In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Ano XXI, nº. 96, dezembro de 2004. Porto Alegre/RS. p. 125/139.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam; **Direito e Literatura: da realidade da ficção a ficção da realidade.** São Paulo: Atlas, 2003.

TRINDADE, André Karam; BERNSTES, Luísa Giuliani. **O Estudo do Direito e Literatura no Brasil: Surgimento, Evolução e Expansão.** Anamorphosis. v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017. Disponível em < <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.31.225-257>>. Acesso em 21.10.2019.

AS DIVERSAS FORMAS DE REPRESSÃO LEGISLATIVA VOLTADAS AO PRATICANTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER



André Espíndola Moura

RESUMO O presente artigo tem por objetivo realizar uma breve análise acerca das consequências jurídicas existentes quando uma pessoa pratica violência doméstica ou familiar contra pessoa do sexo feminino. Analisam-se as repercussões existentes na legislação brasileira, com um enfoque especial para as disposições contidas na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sobretudo as inovações legislativas trazidas pelas Leis nº 13.641/2018, 13.871/2019 e 13.880/2019. Constata-se, então, que o legislador quis, quando comparado àquele que viola a integridade do homem, impor sanções específicas e mais severas para a pessoa que pratica violência contra a mulher.

Palavras-chaves: Violência doméstica e familiar contra a Mulher. Lei Maria da Penha. Inovações legislativas. Punição em âmbito cível, criminal e administrativo. Maior severidade.

ABSTRACT This article intends to realize a brief analysis of the legal consequences that exist when a person practice domestic or family violence against womem. The repercussions of the brazilian legislation are analyzed, with a special focus on the provisions contained in Law 11.340/2006 (Law Maria da Penha), above all the legislative inovations brought by the Laws nº 13.641/2018, 13.871/2019 and 13.880/2019. It is concluded, then, that the legislature wanted to punish more severely who practices violence against womem when compared to acts of generic violence.

Keywords: Domestic and Family violence against womem. Law Maria da Penha. Legislative inovations. Punishment in criminal, civil and administrative scope. More severely.

FUNDAMENTO CONVENCIONAL, CONSTITUCIONAL E LEGAL

No ano de 1981, entrou em vigor a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, instrumento adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Posteriormente, no ano de 1994, em âmbito regional, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica.

Ambas as convenções retro citadas foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, sendo a primeira adotada pelo Decreto Presidencial nº 4.377/2002 e a segunda pelo Decreto Presidencial nº 1.973/1996.

Constata-se, então, que o sistema originário de proteção dos direitos humanos, que inicialmente era destinado à tutela dos interesses de todos as pessoas, passa a coexistir com um sistema especial, o qual é direcionado para grupos específicos que precisam de especial proteção.

Em que pese estar disposto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal de 1988 que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”, ainda faltava uma norma infraconstitucional, elaborada internamente pelo Congresso Nacional, detalhando a temática do combate à violência contra mulher.

Atento, portanto, à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, ao art. 226, § 8º, da Constituição Federal e as peculiaridades que circundam o contexto social brasileiro, editou-se a Lei 11.340/2006, que ficou popularmente conhecida como Lei Maria da Penha.

A intenção do legislador, ao editar a lei acima referida, foi estabelecer um mecanismo jurídico que per-

mita proteger de forma ampla a integridade física, moral, sexual e psicológica das mulheres.

Dentre os vários mecanismos existentes na legislação de regência existem os meios repressivos, os quais serão abaixo analisados.

2 FORMAS ESPECÍFICAS DE REPRESSÃO

Uma conduta pode resultar em consequência jurídicas nos âmbitos penal, cível e administrativo. Inclusive, a responsabilização em uma dessas instâncias, via de regra, não significa necessária punição nas outras, pois vigora o princípio da independência das instâncias.

2.1 ÂMBITO CRIMINAL

Como forma de desestimular as pessoas que tenham intenção de praticar atos violentos contra a mulher, o ordenamento jurídico pátrio prevê institutos penais mais severos quando comparados àqueles destinados a coibir e punir quem os pratica contra pessoa do sexo masculino.

A legislação de regência, dando vazão aos preceitos de ordem constitucional e convencional, estabelece que a lesão corporal (leve, grave e gravíssima) contra mulher possui o preceito secundário mais gravoso do que a prevista para outros casos de violação da integridade física. Com efeito, os parágrafos 9º e 10, do art. 129, do Código Penal, estipularam sanções penais diferenciadas, punindo mais severamente o praticante de violência doméstica ou familiar contra a mulher.

O crime de homicídio é outro delito que recebe um tratamento específico mais rigoroso quando se dá em face do público feminino, estando previsto no art. 121, § 2º, VI, Código Penal, a figura do feminicídio. Válido informar que o legislador andou bem ao delimitar o que seria propriamente o referido delito, inferindo que o mesmo estará caracterizado quando o crime envolver violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º-A, I, Código Penal), ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II, Código Penal). Tal detalhamento é essencial para que não se confunda o femicídio (homicídio praticado contra mulher) com o feminicídio (homicídio praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino).

No que concerne ao feminicídio, o legislador, além de tornar o fato um homicídio qualificado e consequentemente hediondo, ainda criou causas de aumento de pena que fixam a pena-base mínima em 16 (dezesesseis) anos de reclusão (art. 121, § 7º, incisos I, II, III e IV, Código Penal).

Mesmo nos delitos em que não há um tratamento diferenciado específico, o Código Penal cuidou de prever uma agravante genérica, sendo circunstância que sempre agrava a pena ter o crime sido cometido com violência contra a mulher na forma da lei específica (art. 61, II, f), Código Penal). Todavia, tal agravante genérica somente irá incidir quando a violência contra a mulher não constituir ou qualificar o crime, a exemplo do que ocorre com o feminicídio, pois, se assim não fosse, estar-se-ia diante de inegável bis in idem.

Saindo do Código Penal e partindo para as disposições inseridas na Lei Maria da Penha, encontram-se outros fatores de tratamento diferenciado para aqueles que resolvem não respeitar a integridade física das mulheres. Consoante disposto no art. 41, da Lei 11.340/2006, o agressor não tem à sua disposição os institutos despenalizadores contidos na Lei 9.099/95, ou seja, ainda que pratique um ilícito penal de reduzida gravidade, o violador não poderá receber a transação penal ou a suspensão condicional do processo. Saliente-se que a mesma lei impôs que toda lesão corporal praticada contra a mulher passe a ser veiculada por meio de ação de natureza pública incondicionada.

Apesar de estar expresso na redação do art. 41, da Lei 11.340/2006 que a Lei 9.099/95 não se aplica aos crimes cometidos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que a vedação se estende também às contravenções penais.

Até pouco tempo atrás, a Lei Maria da Penha não previa tipos penais, no entanto, a Lei 13.641/2018 alterou aquela, passando a prever que comete crime aquele que “Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei (art. 24-A, caput, Lei 11.340/2006)”.

Como é possível concluir, o tipo acima transcrito trata de uma espécie do delito de desobediência e, mais uma vez, conclui-se que o legislador quis dar um tratamento mais gravoso para os que resolvem desobedecer as medidas protetivas judicialmente fixadas. Com efeito, enquanto a pena prevista para o delito

genérico de desobediência, previsto no art. 330, do Código Penal, vai de 15 (quinze) dias a 06 (seis) meses de detenção, o delito do art. 24-A, caput, da Lei 11.340/2006, sujeita o infrator a uma penalidade que varia de 03 (três) meses a 02 (dois) anos de reclusão.

Assim, é possível concluir que o legislador, no âmbito penal, demonstra efetiva preocupação em punir mais severamente aqueles que praticam violência doméstica ou familiar contra a mulher.

2.2 ÂMBITO CÍVEL

Ainda que na consciência popular a repressão à prática de atos de violência contra a mulher se dê apenas por meio da persecução penal (inquérito policial ou processos penais), a legislação de regência prevê mecanismos cíveis que servem para demover o agressor dessa intenção delituosa.

Recentemente, a Lei 13.871/2019 promoveu alterações na Lei Maria da Penha, fazendo incluir uma série de mecanismos que atingem o bolso do violador, uns funcionando como indenização e outros como transferência de responsabilidade.

Há, a partir de agora, dispositivo legal que enuncia que a pessoa que cometer atos de violência contra a mulher, causando-lhe danos, fica obrigado a ressarcir todos os prejuízos daí advindos (art. 9º, § 4º, Lei 11.340/2006). Não que houvesse necessidade de um artigo de lei específico para tanto, haja vista que a regra geral contida no Código Civil de 2002, em seus arts. 186 e 927, já previa institutos atinentes à responsabilidade civil por danos causados a terceiros, devendo a recomposição abranger os danos materiais (dano emergente e lucro cessante), morais e estéticos.

A bem da verdade, a grande novidade contida no art. 9º, § 4º, da Lei Maria da Penha, reside no fato de que o violador deverá ressarcir os custos que o Sistema Único de Saúde teve com o tratamento de saúde da vítima. O legislador, atendendo aos ideais de justiça, entendeu que não é correto toda a coletividade arcar com as despesas para a recuperação das lesões sofridas pela mulher vítima de violência doméstica ou familiar, quando o responsável por tais atos é uma pessoa que não respeita a dignidade humana do próximo.

Por óbvio, não se está condicionando o tratamento de saúde da vítima ao pagamento por parte do agressor; nestes casos, incumbe ao Poder Público garantir o direito à saúde da vítima de forma integral e gratuita, no entanto, posteriormente, a Fazenda Pública deverá cobrar todos os gastos do real causador deles.

Outra novidade trazida pela Lei 13.871/2019 está alocada no art. 9º, § 5º, da Lei Maria da Penha, o qual enuncia que “*Os dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar amparadas por medidas protetivas terão seus custos ressarcidos pelo agressor.*”. Referido dispositivo legal tem razão de existir.

Infelizmente, com certa frequência, os agressores, ainda que tenham conhecimento de que existe inquérito policial instaurado ou processo penal em curso, tentam contato a mulher vítima de violência, seja com o intuito de se desculpar, seja para praticar nova agressão. Atento a essa triste realidade, a Lei Maria da Penha estipula uma série de medidas protetivas em favor da mulher. Uma das medidas mais comuns é a imposição de que o agressor não se aproxime da vítima (art. 22, III, a), Lei 11.340/2006).

O agressor que optar por desrespeitar a ordem judicial de não aproximação da vítima poderá ser preso preventivamente, bem como terá incidido num tipo penal específico de desobediência, previsto no art. 24-A, Lei 11.340/2006, como explicado anteriormente.

Entretanto, mesmo correndo riscos de encarceramento cautelar e/ou definitivos, ainda é comum agressores desrespeitarem as medidas protetivas judicialmente impostas. Diante desse lúgubre contexto social, o art. 9º, § 5º, da Lei Maria da Penha encontra razão de existir, pois o desenvolvimento, a fabricação e o emprego dos dispositivos destinados a realizar o monitoramento das vítimas de violência doméstica são financeiramente custosos, devendo o violador arcar com o pagamento de tal gasto.

A título de exemplo, é possível citar o Botão do Pânico, experiência exitosa adotada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Por fim, mas não menos importante, a última novidade trazida pela Lei 13.871/2019 está inserida no art. 9º, § 6º, da Lei Maria da Penha, estabelecendo que “*O ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada.*”.

Portanto, o ressarcimento dos gastos apontados nos parágrafos precedentes deve ser realizado com o patrimônio exclusivo do agressor, não podendo a recomposição legalmente prevista ser realizada à custa dos bens de quem já está em situação de vulnerabilidade, pois, se assim não fosse, a vítima estaria sofrendo uma dupla agressão.

Ademais, a adoção das medidas previstas não pode ser entendida como atenuante genérica (art. 65, III, b), Código Penal) e nem como a imediata aplicação de pena restritiva de direitos.

Importante lembrar, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça entende ser vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para aqueles que forem condenados por violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Desse modo, no âmbito cível, o legislador vem estabelecendo uma série de medidas destinadas a coibir a violência doméstica e familiar contra mulher.

2.3 ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Ainda que as consequências jurídicas sejam sentidas de forma mais branda, a repercussão da violência doméstica e familiar contra a mulher também pode ser observada na esfera administrativa.

Recentemente, a Lei 13.880/2019 efetuou modificações na Lei Maria da Penha, a fim de incluir entre as atribuições da autoridade policial a obrigatoriedade de averiguar se o agressor possui registro ou posse de arma de fogo e, caso positivo, juntar a referida informação nos autos, bem como notificar a situação ao órgão competente pelo fornecimento do registro ou emissão do porte, em observância aos termos do Estatuto do Desarmamento (art. 12, VI-A, Lei 11.340/2006).

A novidade legislativa tem a clara intenção de permitir que o órgão responsável pela emissão do registro ou porte, analise se o agressor ainda preenche os requisitos estipulados pela legislação de regência. Com efeito, dentre outros requisitos legalmente estabelecidos, a norma regulamentadora exige que o interessado em adquirir arma de fogo demonstre idoneidade, com a consequente apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais, bem como ostente aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo (art. 4º, I e III, da Lei 10.826/2003).

Não é difícil concluir que a pessoa que comprovadamente pratica o crime de violência doméstica e familiar contra a mulher dificilmente ostenta os requisitos estabelecidos pela legislação de regência.

Constata-se, portanto, a existência de um trabalho integrado entre os diversos interessados em manter a arma de fogo apenas nas mãos de quem reúna plenas condições para o seu manuseio.

Ainda que não esteja expressamente previsto na Lei Maria da Penha, é digno de nota o posicionamento da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual, mediante decisão do Pleno do Conselho Federal, assentou que:

Súmula 09/2019/COP: INIDONEIDADE MORAL. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. ANÁLISE DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB. Requisitos para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Inidoneidade moral. A prática de violência contra a mulher, assim definida na “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – ‘Convenção de Belém do Pará’ (1994)”, constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto.

Segundo decidiu o Conselho Federal da OAB, o conhecimento jurídico é importante, no entanto, entre outros requisitos, há também a idoneidade moral para o exercício da atividade do advogado. Entendimento louvável, haja vista que advogar exige maturidade, ponderação e clareza de raciocínio, atributos estes que certamente faltam àquele que comete atos de violência contra a mulher.

Mesmo que mais sensíveis e brandos, constata-se que a sociedade brasileira, seja por intermédio do legislativo, seja pela representação da instituição de natureza *sui generis* como a OAB, repudia de forma veemente a prática de atos violentos que revelem machismo.

3 CONCLUSÃO

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, a Constituição Federal, a Lei 11.340/2006, entre outros diplomas normativos, formam um conjunto de normas que protegem a mulher vítima de violência doméstica.

O legislador brasileiro, mediante estipulação de sanções de diversas naturezas, tenta fazer com que o direito à integridade física, moral, psicológica, patrimonial, espiritual e sexual da mulher seja devidamente respeitadas por qualquer pessoa da sociedade.

O agressor, então, sabe que se praticar atos violadores à integridade feminina receberá sanção mais severa do que as que são previstas para os casos genéricos, havendo consequências de índole penal, cível e administrativa.

No entanto, ainda que a repressão efetivamente esteja ocorrendo no dia a dia, a principal mudança esperada ainda não aconteceu, qual seja, a assimilação de que, respeitada as peculiaridades de cada sexo, a mulher e o homem são iguais em direitos e deveres.

Desse modo, somente com educação é que a cultura machista, ainda reinante no país, irá se dissipar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Lei N° 11.340, De 7 de Agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Data de acesso: 15 de outubro de 2019.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Data de acesso: 17 de outubro de 2019.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Data de acesso: 18 de outubro de 2019.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência – 2019**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784&Itemid=432. Data de acesso: 20.10.2019.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. **Sumula 09 de 2019, do Plenário do Conselho Federal da OAB**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/jurisprudencia/sumulas>. Data de acesso: 22.10.2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 37: “São acumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.”**. Corte Especial, DJ 17/03/1992. Disponível em: www.stj.jus.br. Data de acesso: 15.10.2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”**. 2ª Seção, DJ 01/09/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Data de acesso: 15.10.2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 536: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”**. 3ª Seção, DJ 15/06/2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Data de acesso: 15.10.2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 542: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”**. 3ª Seção, DJ 31/08/2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Data de acesso: 15.10.2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 588: “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.”**. 3ª Seção, DJ 18/09/2017. Disponível em: www.stj.jus.br. Data de acesso: 15.10.2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Acórdão. CC 102.571/MG. Relator Min. Jorge Mussi**. 3ª Seção, DJ 10/06/2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Data de acesso: 14.10.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão. HC 106.212/MS. Relator Min. Marco Aurélio**. Pleno, DJ 13/052009. Disponível em: www.stf.jus.br. Data de acesso: 14.10.2019.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Botão do Pânico**. Disponível em: www.tjes.jus.br/botao-do-panico-dispositivo-de-seguranca-que-ajuda-a-protoger-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-completa-6-anos/. Data de acesso: 18.10.2019

- DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

- OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; e LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos: Volume único**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

APLICAÇÕES PRÁTICAS DA REFORMA PSIQUIÁTRICA NAS MEDIDAS DE SEGURANÇA



Luis Gustavo Medeiros de Andrade

RESUMO O presente trabalho tem por finalidade apresentar as aplicações práticas dos dispositivos legais atinentes à Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/01), no âmbito da execução das medidas de segurança. Será efetuada uma análise dos princípios e de algumas inovações trazidas pela referida lei, bem como o posicionamento de alguns doutrinadores nacionais sobre o impacto direto de seus dispositivos legais no âmbito da execução das medidas de segurança.

Palavras-chaves: Reforma Psiquiátrica, Medidas de Segurança, Internação, Tratamento Ambulatorial.

ABSTRACT This paper aims to present the practical applications of legal provisions related to the Psychiatric Reform Law (Law n. 10.216 /01), in the scope of the implementation of security measures. It will be made an analysis of the principles and some innovations brought by the referred law, as well as the position of some national indoctrinators about the direct impact of its legal provisions in the execution of security measures.

Keywords: Psychiatric Reform, Safety Measures, Hospitalization, Outpatient Treatment.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade avaliar os impactos da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/01) na execução das medidas de segurança. Como é sabido, a medida de segurança é uma espécie de sanção penal aplicada em face de pessoas que foram processadas criminalmente, mas que, por motivo de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou ainda, por forte dependência química, não possuem a capacidade de entender o caráter ilícito do fato penal ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento.

As medidas de segurança se encontram regulamentadas no Código Penal, mais especificamente, entre os artigos 96 a 99 e sua promulgação data da reforma de 1984 do Código Penal. As principais características da aplicação das medidas de segurança são, em apertada síntese: a) a presunção de periculosidade do agente; b) a internação do agente em hospital psiquiátrico ou estabelecimento congênere na grande maioria dos casos; c) a manutenção da medida de segurança enquanto durar a periculosidade do agente.

Todavia, no ano de 2001, foi promulgada a Lei n. 10.216, que trata da Reforma Psiquiátrica no Brasil, assegurando vários direitos às pessoas portadoras de transtornos mentais e a impondo como “princípio-chave” o fim do modelo manicomial e da imposição da internação em qualquer instituição como sendo a última (e mais gravosa) medida a ser tomada no âmbito da saúde mental.

A simples leitura do Código Penal permite a verificação de que a Lei n. 10.216/01 não efetuou nenhuma derrogação expressa no texto que trata das medidas de segurança, muito embora, as medidas de segurança envolvam o tratamento de pessoas portadoras de doença mental que tenham cometido injustos penais (fatos típicos e antijurídicos).

Contudo, o presente artigo tem como objetivo analisar que a Lei da Reforma Psiquiátrica derogou tacitamente alguns dispositivos legais no Código Penal que tratam sobre a medida de segurança, por serem lei posterior e, ainda, por decorrerem de mandamentos contidos em tratados internacionais que foram interna-

lizados pela República Federativa do Brasil com status de emenda constitucional.

Dessa forma, o presente artigo analisará, no primeiro capítulo, os conceitos gerais sobre as medidas de segurança. No segundo capítulo, serão analisadas as disposições constantes no Código Penal acerca da aplicação propriamente dita da medida de segurança. No terceiro capítulo, será feita uma análise da Lei da Reforma Psiquiátrica, bem como dos dispositivos de direitos humanos que fundamentam a referida lei. Por fim, no quarto capítulo, serão apresentadas as aplicações práticas da Lei n. 10.216/01, no âmbito da execução das medidas de segurança, permitindo, por exemplo, uma progressividade de aplicação de tratamentos menos invasivos ao internado, ou ainda, a interpretação de que a medida de internação deverá ser a exceção, aplicada apenas diante da prática de injustos penais envolvendo a utilização de violência ou grave ameaça.

2 CONCEITOS BÁSICOS SOBRE AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

O Código Penal regulamenta o instituto da medida de segurança entre os artigos 96 a 99, bem como no artigo 26 e seu parágrafo único. O Código Penal determina que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. No conceito abstrato de crime, a imputabilidade penal é avaliada na culpabilidade penal, de modo que um fato, para ser considerado como crime, deverá ser típico, antijurídico e culpável. A contrariu sensu, o fato típico e antijurídico, mas sem culpabilidade, será considerado um “injusto penal”, mas não será apenado como crime.

Na hipótese específica de um injusto penal praticado por um agente inimputável, em razão das causas citadas no art. 26 do Código Penal, ou ainda, em razão de forte dependência química (nos termos do art. 45, da Lei n. 11.343/06), a legislação penal (arts. 97 do CP e 386, § único, inciso II, do CPP) determina que o juiz decreta a absolvição imprópria do acusado, impondo-se, obrigatoriamente, uma medida de segurança.

De acordo com a doutrina, a imputabilidade penal é presumida e seus elementos são a consciência e a vontade. Assim, se o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, um desses elementos, será considerado inimputável. Segundo GALVÃO (p. 449):

A inimputabilidade implica satisfação de, ao menos, um de dois requisitos normativos: ou intelectual e/ou volitivo. O requisito intelectual exige o reconhecimento da incapacidade de entendimento do agente sobre o caráter ilícito de sua conduta. Já o requisito volitivo exige constatar a incapacidade do agente de determinar sua conduta em conformidade com o entendimento que possui da ilicitude do fato.

Como exemplo, podemos citar que uma pessoa não detém o atributo da “consciência” quando, em decorrência de grave doença mental, não possui qualquer capacidade de entender o caráter ilícito de certo fato típico. Na mesma linha, um determinado agente não será considerado como portador do atributo da “vontade”, quando, por exemplo, em decorrência de forte dependência química, mesmo sabendo que certo fato é ilícito, não consegue controlar sua vontade no sentido de evitar a prática de tal fato.

Merece a ressalva de que o ordenamento jurídico (nos arts. 26, § único, do Código Penal e 46, da Lei n. 11.343/06) prevê, ainda, a figura da semi-imputabilidade, em que o agente, em razão de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou em razão de dependência química, era, ao tempo da ação ou da omissão, parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nestas situações, verifica-se que a redução parcial imputabilidade não isenta o agente de pena, mas importa na aplicação de uma causa especial de redução de pena, que será aplicada entre o patamar de 1/3 a 2/3, conforme o grau de consciência e vontade do agente.

Ainda, merece a ressalva de que o Código Penal, em seu artigo 27, também prevê como inimputáveis os agentes menores de 18 anos, a época do fato, utilizando-se, nesse caso, um critério estritamente biológico, de presunção absoluta de imputabilidade. Contudo, o Código Penal, nos demais casos de imputabilidade, utiliza o critério biopsicológico, exigindo, para a comprovação da imputabilidade, a realização de um exame de insanidade mental, o qual seguirá o procedimento dos artigos 149 e seguintes do Código de

Processo Penal.

Deve ser ressaltado que o Código Penal adotou, para a inimputabilidade penal, o “sistema vicariante”, o qual determina que, ao agente, somente poderá ser aplicada ou a pena ou medida de segurança. Tal sistemática se contrapõe ao “sistema do duplo binário”, adotado antes da reforma de 1984 do Código Penal, que determinava que poderia ser aplicada ao agente uma medida de segurança, mesmo após o cumprimento integral de uma pena, caso fosse considerado como “perigoso”. Como é possível observar, a adoção do sistema vicariante foi um grande avanço na legislação penal, à época.

3 DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

O artigo 97 do Código Penal determina a imposição obrigatória de medida de segurança, por parte do juiz, em caso de o agente ser considerado inimputável. O mesmo dispositivo legal determina aplicação da medida de segurança de internação, em caso da prática de tipo penal apenado com pena de reclusão. Por sua vez, “poderá” ser aplicada a medida de segurança de tratamento ambulatorial, para os casos de prática de tipos penais apenados com pena de detenção (podendo o juiz aplicar a medida de internação mesmo para a prática de tipos penais apenados com detenção, caso julgue adequado).

Tais espécies de medida de segurança são melhor definidas no artigo 96, do mesmo diploma legal, que dispõe que a internação será cumprida mediante a restrição de liberdade, em hospitais psiquiátricos ou estabelecimentos similares. Por sua vez, o tratamento ambulatorial será cumprido com menor rigor, em estabelecimento adequado.

Através de análise panorâmica da Parte Especial do Código Penal e Legislação Extravagante, verifica-se que a grande maioria dos crimes é apenada com reclusão, inclusive em crimes sem o envolvimento de violência ou grave ameaça (como furto, receptação, dentre outros). Assim, pela interpretação unicamente gramatical da legislação penal, a imposição de internação é a regra, sendo excepcionais os casos de imposição de tratamento ambulatorial. Tal situação se mostra incoerente para alguns doutrinadores. Segundo GALVÃO (p. 899):

Nos termos do art. 97 do CP, o tratamento em manicômio é obrigatório para aqueles que tenham cometido crime punido com reclusão e facultativo para aqueles que tenham cometido o crime punido com detenção e contravenções punidas com prisão simples. Resta evidenciado que a individualização da medida de segurança não recebe adequada previsão. A individualização adequada da resposta estatal, que não pode ficar restrita aos casos de aplicação de pena, orienta a escolha da medida de segurança de outra maneira. A medida de segurança não deve guardar proporcionalidade com a pena reservada ao fato praticado, mas com a causa da incapacidade. Se a capacidade psíquica do agente indicar como tratamento adequado a internação hospitalar, essa deve ser a medida de segurança imposta. O mesmo se diga em relação ao tratamento ambulatorial. Não se pode conceber que, estando diante de um caso de incapacidade, cuja tratamento recomendável seja o ambulatorial, o magistrado emponha a internação hospitalar só porque o fato é previsto como crime punível com reclusão.

O artigo 97, parágrafo 1º, determina que a medida de segurança será aplicada por tempo indeterminado, até que perícia médica avalie a cessação de periculosidade do internado. Assim, o juiz, estabelecerá um prazo mínimo, de um a três anos, para a realização da próxima perícia médica (vale salientar que o critério judicial para o prazo desse próximo exame costuma ser a gravidade da conduta). Por sua vez, o parágrafo 2º, do artigo 97, estabelece que, após essa primeira perícia médica, outras deverão se repetir de ano em ano, ou a qualquer tempo (menor que um ano) se o juiz determinar achar conveniente.

O Código Penal estabelece, no art. 97, § 3º, a possibilidade da desinternação, sendo ela, num primeiro momento, condicional. Assim, mesmo que a perícia médica verifique a cessação da situação de periculosidade do indivíduo, a desinternação poderá ser revogada, no decurso de um ano após a cessação da pericu-

losidade, podendo o internado regressar à condição anterior, caso seja verificada a prática de algum ato que indique a manutenção da periculosidade. Somente após o decurso desse prazo de um ano, é que a desinternação será definitiva.

Como é possível verificar, a regulamentação original da medida de segurança é bastante rígida e o internado poderá, em tese, ficar muitos anos submetido à restrição absoluta de liberdade, através de internação em hospital psiquiátrico, sem qualquer possibilidade de migração para o tratamento ambulatorial (muito embora seja prevista a hipótese contrária, nos termos do artigo 97, § 4º). Ademais, a medida de desinternação, seja da internação ou do tratamento ambulatorial, será sempre condicional (instituto similar ao livramento condicional), podendo o internado retornar à condição anterior de privação máxima de liberdade.

Merece destaque que houve uma interpretação jurisprudencial gradativamente mais humanitária, no que diz respeito ao tempo máximo que uma pessoa pode cumprir uma medida de segurança. Inicialmente, não havia qualquer limite ao prazo de imposição de medida de segurança. Atualmente, o entendimento jurisprudencial majoritário é que o prazo máximo de cumprimento da medida de segurança deverá ser o tempo máximo da pena cominada em abstrato para o tipo penal violado. Contudo, existe, ainda, um posicionamento minoritário, no sentido que qualquer medida de segurança poderá ter a duração máxima de trinta anos, aplicando-se o entendimento do artigo 75 do Código Penal.

Como é sabido, durante décadas, os agentes a quem eram impostas medidas de segurança de internação ficavam custodiados em hospitais psiquiátricos ou em manicômios judiciais, ficando submetidos a inúmeras condições desumanas e degradantes, isto sem falar no completo esquecimento da família. Com o advento da reforma antimanicomial, os manicômios judiciais foram sendo gradativamente extintos. Contudo, a extinção gradativa dos manicômios gerou uma situação incoerente para a internação das pessoas submetidas às medidas de segurança, pois a lei, com a medida de internação, determina, indiretamente, uma restrição máxima da liberdade. Com isso, em grande parte dos Estados da Federação, a imposição de medidas de segurança de internação passou a ser cumprida, principalmente, no presídio comum, em celas ou alas separadas do restante dos presos comuns. Ora, é evidente que tal situação é bastante inadequada para um local de tratamento mental, muito embora seja a realidade de muitos Estados da Federação, como o Estado do Acre.

Na realidade de Rio Branco/AC, além do laudo psiquiátrico do perito, os processos de execução de medida de segurança também costumam ser alimentados com relatórios sociais dos psicólogos e assistentes sociais do presídio, o que acaba complementando as informações do laudo psiquiátrico e, em muito, colabora para verificação ou não da manutenção da periculosidade do internado.

4 DA LEI DA REFORMA PSIQUIÁTRICA E SEUS FUNDAMENTOS CONVENCIONAIS

Neste capítulo será abordada, especificamente a Lei n. 10.216/01, seus principais dispositivos legais e princípios, bem como serão abordados alguns artigos da Convenção da ONU Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que possuem aplicação no âmbito das medidas de segurança.

4.1 DA LEI DA REFORMA PSIQUIÁTRICA

A Lei n. 10.216/01 foi promulgada dentro do contexto da Reforma Psiquiátrica brasileira. Segundo BERLINK, ET AL (p. 2), esta reforma culminou entre o período de 1990 a 2003 e representou o movimento sócio-político, que ocorreu no âmbito da Saúde Pública, influenciando a gestão de políticas públicas e ocasionou a promulgação de uma série de legislações que reestruturou a assistência psiquiátrica dentro dos Sistemas Locais de Saúde. Ainda, no contexto da Reforma Psiquiátrica, também foram promulgadas a Declaração de Caracas (cujo estado brasileiro também foi signatário), dentre outras leis.

De um modo geral, a Lei n. 10.216/01 estabelece os direitos básicos das pessoas portadoras de transtornos mentais. Acerca da Lei da Reforma Antimanicomial, GALVÃO (p. 898) comenta o seguinte:

Em muitos de seus aspectos, a referida lei trouxe dispositivos que devem ser observados quando da aplicação de medida de segurança. Dentre eles, conforme os

termos do artigo 2., parágrafo único, da referida lei, merece destaque o reconhecimento dos seguintes 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; III- ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV- ter garantia de sigilo das informações prestadas; V- ter direito a presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI- ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis VII- receber o maior número de informações a respeito de sua doença de seu tratamento; VIII- ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX- ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Segundo a nova política de atendimento ao portador de sofrimento mental, a internação, até mesmo em sua modalidade compulsória, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (art. 4º). O tratamento visa, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio (§ 1.), e a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos (art. 6º). Desse modo, não é mais possível admitir a presunção normativa de que a prática do injusto indique a necessidade de imposição de medida de segurança.

Ademais, com a Reforma Psiquiátrica, o modelo de internação em Hospital Psiquiátrico foi gradativamente substituído por outras ações estatais, como tratamentos em centros de atenção diária (Centro de Atenção Psicossocial – CAPS), a utilização de leitos em hospitais gerais e a notificação de internação involuntária.

O ponto mais importante da Lei n. 10.216/01 encontra-se inserido em seu art. 4., caput, que dispõe que “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”. Ademais, o tratamento sempre visa a reinserção social do paciente, e seu § 3. veda a internação em qualquer instituição de caráter asilar que não obedeça aos direitos básicos dos portadores de doença mental.

Num primeiro momento, pode ser argumentado que a referida lei trata somente de portadores de transtornos mentais que não cometeram injustos penais, sendo que o Código Penal seria lei específica em relação à Lei n. 10.216/01. Contudo, este não é o melhor entendimento, primeiro, porque a medida de segurança possui tanto a finalidade de proteger a Sociedade do internado, como também de propiciar um tratamento que ocasione a cessação de periculosidade do indivíduo. Logo, pode ser entendido que a medida de segurança também é uma modalidade (específica) de internação, à qual se submete aos ditames da Lei n. 10.216/01, bem como de seu artigo 4.

Também merece destaque o art. 5. da referida lei, que dispõe que o paciente há longo tempo hospitalizado deverá ser objeto de política específica de alta planejada e de reabilitação psicossocial assistida. Isto pode ser interpretado no sentido que as medidas de segurança devem ter a finalidade de alta planejada e retorno gradativo do indivíduo à sociedade.

4.2 DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Muito embora a doutrina especializada não relacione diretamente a Lei da Reforma Psiquiátrica com tratados de direitos humanos, através de uma pesquisa acurada no referido ramo do direito, é possível concluir que a Lei n. 10.216/01 encontra amparo em alguns dispositivos convencionais.

Nesse sentido, vale ressaltar que a Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, possui alguns dispositivos que podem ser aplicados às pessoas portadoras de transtorno mental. Vale lembrar que o referido tratado foi internalizado pelo Decreto n. 6.949/09 e recepcionado pela República Federativa do Brasil com status de emenda à Constituição. O artigo 3º da referida convenção dispõe os seguintes princípios:

- a) o respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas.
- b) a não discriminação.
- c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade.

Tratam-se de princípios básicos que devem ser aplicados aos portadores de deficiência, inclusive aos portadores de transtornos mentais, incluindo-se também as pessoas submetidas às medidas de segurança.

Outrossim, também merece destaque o artigo 14, item 2, da referida convenção, que trata expressamente acerca da privação de liberdade da pessoa portadora de deficiência, dispondo o seguinte:

Os Estados Partes assegurarão que, se pessoas com deficiências forem privadas de liberdade mediante algum processo, eles, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, façam jus a garantias de acordo com o direito internacional dos direitos humanos e sejam tratadas em conformidade com os objetivos e princípios da presente Convenção, inclusive mediante a previsão de adaptação razoável.

Dessa forma, é forçoso concluir que os dispositivos da referida convenção devem se sobrepor aos dispositivos legais constantes nos artigos 96 a 99 do Código Penal, por se tratarem de norma hierarquicamente superior.

5 DA APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DA LEI N. 10.216/01 NA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Analisados os princípios e dispositivos legais da Lei n. 10.216/01, convém mencionar as possibilidades de aplicações práticas de tais dispositivos legais, diretamente, na execução das medidas de segurança. Como ressaltado anteriormente, tal aplicação não decorre de derrogação expressa dos dispositivos legais do Código Penal, mas sim, de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana e de dispositivos legais contidos na convenção da ONU sobre portadores de deficiência

Conforme ressaltado no capítulo anterior, especialmente no artigo 4º da Lei n. 10.216/01, verifica-se que a medida de internação psiquiátrica deverá ser o último tratamento médico a ser determinado no tratamento de qualquer doença mental. Essa máxima deverá ser utilizada na aplicação de qualquer medida de segurança, alterando-se o procedimento prático de alguns dos dispositivos constantes nos artigos 96 a 99 do Código Penal.

Dessa forma, algumas dessas aplicações serão avaliadas a seguir.

5.1 DO CUMPRIMENTO PROGRESSIVO DE ESPÉCIE MENOS GRAVOSA DE MEDIDA DE SEGURANÇA

Conforme salientado no capítulo 2, o Código Penal em seu artigo 97, § 4º, estabelece apenas uma hipótese regressiva das espécies de medida de segurança, sendo que o internado submetido a tratamento ambulatorial poderá sofrer medida de internação, caso o juiz entender necessário. A redação do Código Penal não prevê uma hipótese inversa, onde o internado submetido à medida de internação poderá progredir para medida de tratamento ambulatorial.

Ora, tal impossibilidade viola frontalmente o sistema progressivo de cumprimento de pena do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Ademais, viola, também, o princípio da individualização da pena, constante no artigo 5., inciso XLVI, da Constituição.

Pela redação do Código Penal, o internado progride diretamente da medida de internação, para a desinternação. Este “salto”, muitas vezes estimula negativamente o perito psiquiatra (que irá elaborar o laudo de cessação de periculosidade), que pode se sentir inseguro de atestar a cessação total de periculosidade do internado, o qual vai migrar da restrição total de liberdade para o convívio direto com a Sociedade, sem qualquer fiscalização..

Contudo, utilizando-se a lógica do artigo 4º da Lei n. 10.216/01, que dispõe que a internação deve ser a última ratio para o portador de transtornos mentais, a internação na medida de segurança deve ser a exceção, podendo o juiz substituir a medida de internação pela medida de tratamento ambulatorial, de forma progressiva, verificando a reinserção social progressiva do internado ao convívio social.

Com efeito, verifica-se que há posicionamentos jurisprudenciais nesse sentido e que esta é uma medida bastante razoável e que se coaduna com o sistema progressivo e com o princípio da individualização da pena. Através da progressão da internação para o tratamento ambulatorial, o internado poderá morar com seus familiares, sendo supervisionado por eles e continuar ingerindo a medicação determinada junto ao CAPS ou ao hospital local. Ademais, caso entenda necessário, o juiz poderá impor outras limitações menores à liberdade do internado como recolhimento noturno, proibição de frequentar determinados lugares, etc., todas estas menos gravosas do que restrição total de liberdade da internação.

No mesmo sentido entende CUNHA (p. 542):

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido a desinternação progressiva, consistente na passagem da internação em hospital de custódia para o tratamento ambulatorial antes da definitiva liberação do paciente. Os julgados tem se apoiado no art. 5., da Lei 10216/01 (...)

Na prática, a progressão da medida de internação para o tratamento ambulatorial, importará na desinternação da ala de saúde mental do presídio para a imposição de tratamento ambulatorial consistente na obrigação do internado de comparecer ao CAPS (Centro Integrado de Assistência Psicossocial), com a obrigatoriedade de que sejam ministrados os medicamentos adequados ao tratamento, sem a necessidade restrições de liberdade mais gravosas. Da mesma forma entendem FIORELLI, ET AL (p. 116):

Assim, com advento da Lei 10216/01, que trata da reforma psiquiátrica e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, estariam também as instituições penais destinadas a realizar tal intervenção, os denominados manicômios Judiciários, obrigados a desinternar seus pacientes, encaminhando-os para os serviços públicos, constituídos na rede extra-hospitalar preferencialmente, como os CAPS (Centros de Atenção Psicossocial)

5.2 DA INTERPRETAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO COMO MEDIDA EXCEPCIONAL

Um posicionamento bastante moderno é aquele esposado pelo doutrinador Fernando Galvão, o qual entende que o artigo 4º, da Lei da Reforma Antimanicomial revogou tacitamente o artigo 97 do Código Penal. Ora, se a internação deverá ser considerada como a medida excepcional para a Lei n. 10.216/01, então, na aplicação das medidas de segurança, a medida de segurança de internação deverá, também, ser a exceção. Assim, a medida de segurança de tratamento ambulatorial deverá ser considerada como a regra das medidas de segurança. Nesses termos, GALVÃO (p. 902):

No caso das medidas de segurança, o mesmo raciocínio aplica-se. Não será admissível a internação hospitalar quando baixar o tratamento ambulatorial. A medida de segurança não é instrumento de vingança, mas de recuperação do indivíduo (artigo 99 do CP). Principalmente após a Constituição Federal de 1988, que traz expresso o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental para a nossa sociedade, a interpretação dos dispositivos constitucionais deve ser outra: o tratamento ambulatorial, quando o suficiente, prevalece sobre a internação hospitalar. Se o crime praticado for punível com pena de reclusão, a internação hospitalar deverá manter-se apenas quando constatada a sua necessidade. Não havendo necessidade, a internação afronta o princípio da dignidade da pessoa humana e por

isso deve ser considerada inconstitucional. Nesse sentido, o art. 4º, da Lei 10216/01 promoveu a inversão da regra instituída pelo Código Penal, revogando o disposto em seu artigo 97: a regra é o tratamento ambulatorial, devendo a internação hospitalar ser reservada apenas aos casos de comprovada necessidade, quando os recursos extra-hospitalares forem insuficientes.

Merece destaque que Lei n. 10.216/01 possui status de lei ordinária, tal como o Código Penal. Logo, também está correta a interpretação temporal de que a Lei da Reforma Psiquiátrica teria derogado o art. 97 do Código Penal, tendo em vista de que é lei ordinária posterior ao Estatuto Penal Repressivo. No mais, o referido entendimento se coaduna com tudo o que foi defendido neste artigo científico, diante do meta-princípio de que qualquer internação deverá ser medida excepcional.

5.3 DA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO APENAS PARA CASOS ENVOLVENDO CRIMES VIOLENTOS

Um posicionamento mais moderado é defendido pelo doutrinador Juarez Cirino dos Santos, que entende que a medida de segurança de internação não deve ser adequada para todos os crimes puníveis com reclusão, devendo os casos de internação ser reservados apenas para a imposição em casos de injustos penais praticados com violência ou grave ameaça. Nesse sentido, vejamos o que diz SANTOS (p. 615):

(...) a medida de segurança estacionária de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico deve ser fundar em prognóstico de fatos puníveis com violência grave ou ameaça de violência: é insuficiente a cominação de pena de reclusão do tipo de injusto realizado, porque o prognóstico de crimes de bagatela ou de crimes patrimoniais como furto e estelionato, por exemplo, não justifica a aplicação de medida de segurança estacionária, na linha da melhor doutrina contemporânea. (...)

Com efeito, o referido entendimento encontra isonomia com os mais modernos dispositivos legais que tratam sobre alternativas penais, que preveem, em geral, um tratamento penal mais brando para crimes sem o envolvimento de violência ou grave ameaça.

Ademais, se o artigo 14, item 2, da Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência determina a adaptação razoável da legislação de modo a garantir a igualdade de oportunidade dos deficientes com as demais pessoas, é forçoso reconhecer que o referido dispositivo convencional deve determinar a aplicação de medida de segurança de tratamento ambulatorial para os injustos penais praticados sem violência ou grave ameaça, da mesma forma que seria aplicado se o agente fosse plenamente imputável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma Psiquiátrica, principalmente com o advento da Lei n. 10.216/01, importou em grande inovação para os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e tem ampla aplicabilidade para as pessoas submetidas às medidas de segurança.

Deve ser entendido que os artigos 96 a 99 do Código Penal fazem parte de um microsistema que trata das pessoas portadoras de transtornos mentais. Nesse sentido, se aplicam às pessoas submetidas às medidas de segurança todos os direitos básicos constantes no artigo 2º, da Lei n. 10.216/01.

Ademais, o artigo 4º, da Lei n. 10.216/01 claramente se aplica às pessoas submetidas às medidas de segurança devendo a medida de internação ser excepcional. Ademais, o ordenamento jurídico deve permitir uma progressão da medida de internação para o tratamento ambulatorial, tendo em vista que tal dinâmica se coaduna com sistema progressivo do Código Penal, da LEP e do princípio constitucional da individualização da pena, além de permitir o retorno gradual da pessoa portadora de transtorno mental ao convívio social.

Além disso, é possível concluir que o artigo 14, item 2, da Convenção da ONU Sobre os Direitos da

Pessoa com Deficiência, que é norma hierarquicamente superior ao Código Penal, determina a adaptação razoável da legislação, determinando que o juiz criminal aplique a medida de segurança de tratamento ambulatorial para os injustos penais praticados sem violência ou grave ameaça, da mesma forma que seria aplicado se o agente fosse plenamente imputável.

Entretanto, em razão da Lei n. 10.216/01 não ter aplicabilidade direta no Direito Penal, a referida lei ainda é pouco conhecida pelos operadores do Direito Penal, de modo que sequer é mencionada por muitas obras do assunto. Assim, ainda que os posicionamentos doutrinários citados neste artigo possuam alguns anos de publicação, a carência de publicação específica acerca do assunto os torna “doutrina minoritária”, podendo ser facilmente ignorados por um juiz criminal. Na prática, os operadores do direito que atuam na execução penal costumam utilizar unicamente a redação do Código Penal, no que diz respeito às medidas de segurança, prejudicando demasiadamente os direitos do internado, bem como seu rápido retorno ao convívio social.

Dessa forma, é de extrema importância para as pessoas submetidas às medidas de segurança que os operadores do direito que atuam junto à execução penal conheçam bem os dispositivos legais da Lei n. 10.216/01, e todo o aparato de direitos que a referida lei assegura ao internado na medida de segurança.

Por fim, cumpre salientar que este trabalho representa apenas o início da investigação científica, de modo que é relevante o incremento da pesquisa sobre o tema com a tendência de posicionamentos jurisprudenciais que tenham aplicado as soluções ora apresentadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERLINK, Manoel Tosta; MAGTAZ, Ana Cecília; TEIXEIRA, Mônica. **A reforma psiquiátrica brasileira: perspectivas e problemas.** Rev. Latinoam. Psicopat. Fund., São Paulo, v. 11, n. 1, p. 21-27, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 24.ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Manual de direito penal: parte geral.** 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal.** 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral.** 4.ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2010.

