

Pré - Encontro

dos/as Defensores/as Públicos/as do Estado

2023

Propostas de Teses Institucionais



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

Apresentação e votação das Propostas de tese institucional

1

O/a proponente terá **5 minutos** para apresentar oralmente a síntese da proposta



2

A plenária poderá se manifestar pela rejeição da proposta, podendo arguir os fundamentos em **5 minutos**



3

Após as propostas de rejeição, terão inícios os debates, por até **15 minutos**



4

Durante os debates, as propostas de tese poderão sofrer alterações, inclusive de conteúdo, desde que haja a anuência do/a proponente ou de quem o/a represente

5

Ao final dos debates será aberta a votação. Será aprovada a proposta que obtiver um **número superior de votos pela aprovação em relação aos votos pela rejeição**. As abstenções não serão computadas.



1. Autores: Diego Vedovatto, Iara Sánchez Roman, Gabriel Dário de Mato, Rafael Modesto dos Santos e Ney Strozake.

Súmula: *“É devido a instalação e o fornecimento de energia elétrica e água potável para pessoas residentes em ocupações rurais e urbanas, ainda que provisórias.”.*

OU

“O acesso a água potável e a energia elétrica integra o rol de direitos fundamentais, independente da regularidade fundiária dos assentamentos/acampamentos de interesse social, sejam eles urbanos ou rurais, para efetivação dos direitos à moradia, à saúde, à alimentação, ao trabalho e à dignidade humana.”.

10

2. Autores/as: NÚCLEO ESPECIALIZADO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Integrantes: Alvimar Virgílio de Almeida, Cristiane Penhalver Jensen, Estela Waksberg Guerrini, Gisele Souto Durante, Luiz Fernando Baby Miranda, Mariana Leite Figueiredo, Michel Allan Mofsoovich, Renato Campolino Borges e Rodrigo Sardinha de Freitas Campos.

Súmula: *A análise do mínimo existencial, nos termos da Lei nº 14.181/21, deve ser realizada com base no caso concreto, sendo inconstitucional fixação prévia, abstrata e taxativa de quantificação que o exprima, por violar a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, a finalidade da ordem econômica e por afastar do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito.*

18

FAMÍLIA

1. **Autora:** Rosana Pierucetti

Súmula: *A obrigatoriedade de sessões de constelação familiar no Poder Judiciário, judicial ou extrajudicialmente, como tentativa de solucionar o litígio de forma consensual, nos casos envolvendo mulheres que viveram ou vivem em situação de violência doméstica, viola Recomendação nº 33 do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da ONU e a garantia de não revitimização prevista no artigo 10-A, §1º da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha).*

26

2. **Autora:** Rosana Pierucetti

Súmula: *O uso de solução consensual de conflitos, extrajudicial ou judicialmente, em casos em que há violência doméstica e familiar contra a mulher, salvo se houver concordância expressa da vítima, viola a Recomendação nº 33 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres da ONU e o princípio orientador da Lei Maria da Penha de não revitimização da mulher.*

34

3. **Autor:** João Paulo Bonatelli

Súmula: *A fixação dos alimentos em valor aquém aos parâmetros consagrados na prática forense autoriza a flexibilização dos requisitos da ação revisional para a majoração daqueles, inclusive constituindo, por si só, fundamento suficiente para tanto.*

42

INFÂNCIA E JUVENTUDE

1. Autor: Instituto Alana

Súmula: *A etapa inicial do procedimento de suspensão ou destituição do poder familiar deve contar com audiência inicial de estudo diagnóstico.*

56

2. Autor: Instituto Alana

Súmula: *É ilegal e abusivo o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes para direcionamento de publicidade.*

62

3. Autor: Instituto Alana

Súmula: *É ilegal o decreto de suspensão ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão da situação de rua da/o genitora e/ou família.*

66

4. Autor: Instituto Alana

Súmula: *A Defensoria Pública pode atuar na defesa do interesse de criança ou adolescente que desenvolva trabalho infantil artístico, inclusive no ambiente digital, atuando de modo integrado ao Ministério Público Estadual e Ministério Público do Trabalho, para a prevalência de seu melhor interesse.*

72

5. Autor: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Súmula: *Adolescentes aos/às quais se atribui a prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas (com ou sem associação) devem ser isentos de responsabilização infracional, uma vez que, em obediência às normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especialmente à Convenção nº 182, esta é uma das piores formas de trabalho infantil, contexto no qual os/as adolescentes são vítimas, não autores/as. Para tanto, deverão ser perseguidas medidas de proteção, as quais estão previstas no art. 101 da Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).*

78

1. Autora: Giane Ambrósio Alvares

Súmula: *A conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, não pode ser tipificada como associação criminosa, organização criminosa, ou crimes contra o patrimônio.*

84

2. Autores/as: Guilherme Ziliani Carnelós; Domitila Köhler; Ana Fernanda Ayres Delloso

Súmula: *Para validade das abordagens policiais nos termos dos artigos 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal (busca pessoal), não constituem “fundada suspeita”: elementos subjetivos baseados na “desconfiança” ou “intuição” da autoridade policial; conceitos fluidos ou indeterminados; alegações que reflitam escolhas discriminatórias e uso de estereótipos; denúncias anônimas; considerações genéricas e desacompanhadas de fatos específicos sobre o abordado ou seu comportamento.*

94

3. Autores/as: Elaine Angel; Glauter Del Nero; Guilherme Ziliani Carnelós; Ingrid de Oliveira Ortega; Marina Dias Werneck de Souza; Martim Schein Landgraf

Súmula: *A hipossuficiência do/da réu/ré, presumida em razão de sua assistência pela Defensoria Pública, deve levar o Juízo de conhecimento à não imposição de multa com base no princípio constitucional da igualdade material, salvo se tiver o Ministério Público produzido prova da capacidade econômica individual do(a) acusado(a).*

110

4. Autoras: Cecília Nascimento Ferreira, Fernanda Penteado Balera e Surrailly Fernandes Youssef

Súmula: *A ausência de justificativa concreta para a inoperância das câmeras operacionais portáteis (COPs) dos policiais responsáveis pela prisão presume a ilegalidade da abordagem policial. Durante a instrução processual, a ausência da gravação ou disponibilização das imagens das câmeras corporais, nos Batalhões já equipados com as COPs, gera dúvida em relação à credibilidade da narrativa acusatória quando centrada unicamente na palavra dos policiais, e, em decorrência do princípio in dubio pro reo e da perda de uma chance probatória, implica na improcedência da ação penal.*

126

5. Autora: Bárbara Prado Simão

Súmula: *Dados armazenados em dispositivos eletrônicos somente podem ser acessados mediante ordem judicial, ainda que o dispositivo tenha sido apreendido em flagrante delito.*

138

6. Autora: Bárbara Prado Simão

Súmula: *São nulas as provas produzidas a partir de ordens e requisições baseadas em geolocalização que não individualizarem suspeitos.*

150

EXECUÇÃO CRIMINAL

1. Autores/as: Mariana Borgheresi Duarte, Raphael Camarão Trevizan e Douglas Schauerhuber Nunes.

Súmula: *É incabível a aplicação de falta disciplinar à pessoa presa pelo fato de se presumir seja destinatária final de bens cujo ingresso é vedado nos estabelecimentos prisionais, como aparelhos celulares e drogas, tenha sido encaminhada por correspondência ou portada por visitante, em respeito aos princípios da intrascendência e da culpabilidade.*

164

2. Autores/as: Mariana Borgheresi Duarte, Raphael Camarão Trevizan e Douglas Schauerhuber Nunes.

Súmula: *A intimação prévia do sentenciado que tem endereço certo para iniciar voluntariamente o cumprimento da pena em regime semiaberto é condição essencial para a expedição do mandado de prisão, assim como a intimação prévia da Defensoria Pública para que analise se é caso de concessão de indulto ou comutação, de detração penal em razão do recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, conforme o Tema 1155 do STJ, entre outros direitos do apenado.*

176

3. Autores/as: Mariana Borgheresi Duarte, Raphael Camarão Trevizan e Douglas Schauerhuber Nunes.

Súmula: *Na execução da pena imposta pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, (i) deve ser fixado o regime aberto e substituída a pena aplicada por restritiva de direitos, em atendimento à Súmula Vinculante 59, que retroage aos casos transitados em julgado anteriormente à sua edição, bem como (ii) deve haver a suspensão da pena alternativa quando unificada com privativa de liberdade, que agora passará a ser superveniente, nos termos do Tema 1106 do STJ.*

184

4. Autores/as: Mariana Borgheresi Duarte, Raphael Camarão Trevizan e Douglas Schauerhuber Nunes.

Súmula: *É cabível remição de pena pelo trabalho exercido na economia do cuidado durante o período que a presa permanece com a criança na ala de amamentação da unidade prisional, computando-se 1 dia remido a cada 3 dias de cuidado.*

190

5. Autores/as: Elaine Angel; Glauter Del Nero; Guilherme Ziliani Cernelós; Ingrid de Oliveira Ortega; Marina Dias Werneck de Souza; Martim Schein Landgraf

Súmula: *A impossibilidade de adimplemento da pena de multa criminal é presumida quando o/a réu/ré é assistido/a pela Defensoria Pública, incumbindo ao Ministério Público provar o contrário como condição precípua para realização de medidas constritivas. Caso contrário, deve-se, desde logo, ser extinta a punibilidade nos termos do Tema nº 931/STJ.*

198

6. Autores/as: Daniel Mobley Grillo, Lívia Simas Soares e Giulia Cristina Guadiz

Súmula: *As decisões homologatórias de acordos de não persecução penal que tramitem perante o juízo competente para execução penal não poderão ser alteradas em prejuízo do executado mesmo que se aleguem erros materiais, uma vez que se submetem à coisa julgada formal, possuem eficácia preclusiva e se interpretam a partir das balizas dos ajustes obrigacionais do Direito Civil.*

208

7. Autor: Instituto ProBono

Súmula: *Terão extinta a punibilidade, após o término do cumprimento da pena privativa de liberdade, as pessoas condenadas à pena de multa, desde que esta não supere o valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, ou que não tenham capacidade econômica de quitá-la, ainda que supere tal valor.*

216

8. Autor: Instituto ProBono

Súmula: *A prova da pobreza, no que se refere à pena de multa, pode ser presumida se: (i) a pessoa for representada pela Defensoria Pública, advogado dativo ou houver atuação de profissional ou entidade "pro bono"; (ii) houver eventual decisão em outro processo - que não o penal - ou do Juízo do Conhecimento concedendo a isenção das custas processuais; (iii) a pessoa for beneficiária de qualquer programa social ou usuária de serviço de assistência social; ou (iii) constar da qualificação da pessoa que é desempregada ou não houver identificação nos autos de vínculo empregatício ou trabalho formal.*

216

CÍVEL

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *“É devido a instalação e o fornecimento de energia elétrica e água potável para pessoas residentes em ocupações rurais e urbanas, ainda que provisórias.”.*

OU

“O acesso a água potável e a energia elétrica integra o rol de direitos fundamentais, independente da regularidade fundiária dos assentamentos/acampamentos de interesse social, sejam eles urbanos ou rurais, para efetivação dos direitos à moradia, à saúde, à alimentação, ao trabalho e à dignidade humana.”.

ASSUNTO

A presente tese tem por objetivo conferir amparo jurídico àquelas pessoas que residem em ocupações urbanas ou rurais, bem como comunidades tradicionais em processo de reconhecimento e/ou titulação, e dependem direta ou indiretamente, do fornecimento de energia elétrica e água para preservar os seus direitos fundamentais à vida e à saúde.

Atualmente as pessoas que vivem nessas comunidades possuem extrema dificuldade em efetivar seus direitos fundamentais de acesso à energia elétrica e a água potável.

Esses direitos são barrados ainda na fase administrativa, quando recebem negativas do poder público e das companhias de energia elétrica e de água para instalação desses serviços, sob a justificativa de falta de comprovação de titularidade do imóvel.

O direito de acesso à água e energia elétrica para a saúde e o bem-estar é um direito que não pode ser obstado em face da situação jurídica ou econômica das pessoas e das famílias de áreas ocupadas. A privação do acesso ao direito a água e luz cria obstáculos ao exercício dos demais direitos humanos, como a saúde, moradia digna e a alimentação adequada. Também, restringe drasticamente o desenvolvimento das atividades produtivas de áreas rurais, necessárias para a subsistências das comunidades rurais.

O atendimento as necessidades básicas das coletividades urbanas e rurais independe de relação de titularidade com a terra onde vivem os sujeitos, não podendo a titularidade se tornar impeditivo para concretização dos direitos fundamentais.

Sendo assim, a ausência de dominialidade ou o conflito sobre posse/propriedade de imóvel público ou privado não podem ser limitadores do acesso ao direito a água e energia elétrica.

Portanto, a tese em análise serve como instrumento para garantir judicialmente o acesso água e a luz nas ocupações urbanas e rurais, independente da regularidade fundiária, eis que a ausência desses serviços compromete os direitos fundamentais à vida, à saúde e alimentação das famílias.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Artigo 5º, inciso III da Lei Complementar Estadual n. 988/06; e

Artigo 4º, incisos I e X da Lei Complementar Federal n. 80/94.

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal);

Direito fundamental à vida (artigo 5º, “caput” da Constituição Federal);

Direito fundamental à saúde (artigo 6º, “caput” e artigo 196, “caput”, ambos da Constituição Federal);

Direito fundamental à moradia (artigo 6º da Constituição Federal);

Direito fundamental a alimentação adequada (art. 6º e 227 da Constituição Federal);

Direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal);

Direito à cidade (arts. 182 e 183 da Constituição Federal; Estatuto da cidade - Lei n. 10.257/2001, art. 2º, incisos I e II);

Direito ao saneamento básico (art. 23, IX da Constituição Federal e Lei nº 11.445/2007 em seu artigo 2º, I, II, IV, V);

Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei Federal nº 9.433/1997);

Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - Luz para Todos (Decreto nº 11.628, de 4 de agosto de 2023);

É de se mencionar precedentes que reforçam a aplicação da tese da vinculação entre o serviço essencial e o respeito à dignidade da pessoa humana, independentemente da situação fundiária:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. COMUNIDADE INDÍGENA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRESENTE A PROBABILIDADE DO DIREITO.

1. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos suficientes que atestem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos termos do disposto no art. 300 do CPC.
2. **O fornecimento de energia elétrica à comunidade indígena diz diretamente com o direito a condições de dignidade de vida mínimas, nos dias atuais. Envolve, principalmente, a segurança nas condições de saúde da comunidade, considerada a possibilidade de manutenção de alimentos e medicamentos na forma refrigerada e de banho aquecido nos dias frios, pelo que deve se sobrepôr a eventual prejuízo financeiro que, porventura, a companhia de energia elétrica venha a sofrer com a futura e incerta remoção da comunidade indígena do local.** (TRF-4 – AG: 5042267-20.2018.4.04.0000, Rel. Rogério Favaro. Data de Julgamento: 25/02/2019, Terceira Turma).

O Superior Tribunal de Justiça também possui entendimento no mesmo sentido. Vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ABASTECIMENTO DE ÁGUA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECUSA NO FORNECIMENTO PELA CONCESSIONÁRIA EM RAZÃO DA CONSUMIDORA NÃO TER PROVADO A TITULARIDADE DA PROPRIEDADE. INADMISSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DA RÉ PARA ANALISAR REFERIDA QUESTÃO. OBRIGAÇÃO DE CUNHO PESSOAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. A relação obrigacional decorrente da prestação de serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto é de natureza pessoal e não propter rem. Deste modo, **inútil à SABESP condicionar a prestação de serviço à demonstração pelo consumidor da titularidade do imóvel ou qualificar o que são propriedades regulares e irregulares**, pois a cobrança por eventual inadimplência deve ser dirigida ao beneficiário do serviço. **Ademais, a prestação de serviço de abastecimento de água é essencial, cuja ausência fere frontalmente a dignidade da pessoa humana. Não cabe à concessionária verificar eventual titularidade do imóvel, incumbência esta destinada à Administração Pública.** E, no caso, esta não demonstrou qualquer interesse sobre a questão, mesmo instada a se manifestar por duas vezes nos

autos, cuja inércia não tem o condão de comprometer o julgamento da causa. (STJ - AREsp n. 1.153.258, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 22/09/2017.)

Por fim, destaca-se ainda o Comentário Geral n. 04 do Conselho de Direitos Humanos da ONU apontou como pilar ao direito à moradia adequada as diversas formas de segurança jurídica da posse, independente do título de propriedade. Sendo assim, a ausência de dominialidade ou o conflito sobre posse/propriedade de imóvel público ou privado não podem ser limitadores do acesso ao direito a água e energia elétrica.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Caso acolhida a presente tese, o(a) Defensor(a) Público(a) que estiver representando os interesses das comunidades e se deparar com situações como aquelas acima narradas, pode se valer do raciocínio acima, tendo por fundamento os princípios e normas constitucionais supra mencionados e corroborado pela jurisprudência colacionada, como forma de garantir o acesso à água e energia elétrica nas comunidades urbanas e rurais, independente de regularização fundiária.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Na linha acima exposta, sugere-se que o(a) Defensor(a) Público(a) que estiver representando das comunidades que se encontre nas situações acima narradas ajuíze a competente ação em face da correspondente empresa concessionária de energia elétrica ou água, formulando pedido de obrigação de fazer c.c. pedido de tutela de urgência na forma antecipada, no sentido de: a) solicitar a instalação de água ou energia elétrica a (obrigação de fazer) ou b) reestabelecer o fornecimento de energia elétrica já cortado (obrigação de fazer), buscando, sempre que possível, carrear aos autos documentos que atestem a negativa de instalação dos serviços essenciais de água e energia elétrica.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOUVER.

As pessoas que vivem em ocupações urbanas ou rurais são pessoas pobres que não tem acesso a moradia e a terra, que são deixadas as margens da sociedade. A pobreza no Brasil tem cor, e afeta majoritariamente as pessoas negras, por isso, muitas vezes residem nas áreas periféricas das cidades, bem como em comunidades quilombolas rurais. Da mesma forma, nessas ocupações encontram-se muitas mulheres, que muitas vezes realizam trabalho não remunerado de manutenção da casa e da propriedade agrícola, e com a falta do acesso à água e a luz, o trabalho não remunerado tende a aumentar drasticamente.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ____ª VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Ocupação. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Direito à moradia. Direito ao acesso à água e a energia elétrica.

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ocupação territorial rural promovida por centenas de famílias que litigam o direito à reforma agrária e o direito de habitação.

Cediço que a área ocupada tem características improdutivas, além da sua grande extensão territorial, denominado assim, como um latifúndio.

Adiante, passados vários dias após a ocupação, os ocupantes requereram aos órgãos públicos competentes o acesso a serviços básicos, quais sejam, fornecimento de água e energia elétrica.

Entretanto, mesmo alegando que se trata de direito fundamental, os referidos órgãos públicos negaram, sob alegação de que a ocupação era "irregular" e que os indivíduos não comprovaram a posse/propriedade dos bens a serem beneficiados.

Em razão da negativa de acesso a direitos fundamentais, é que se ajuíza a presente ação.

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

Prescreve a Constituição Federal uma série de direitos fundamentais com vista a assegurar a dignidade da pessoa humana. *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Já no art. 6º a Carta Magna estabelece como direito social a moradia, saúde e outros:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nesse passo, a Lei 9.433/97 prescreve a água como bem e de domínio público:

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

Nesse sentido, o Decreto 11.628, que criou o programa luz para todos, estabelece como objetivo principal:

Art. 1º O Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - Luz para Todos tem por finalidade fornecer o atendimento com energia elétrica à população do meio rural e à população residente em regiões remotas da Amazônia Legal que não possuem acesso ao serviço público de distribuição de energia elétrica.

Sendo posto, a legislação pátria é cristalina em estabelecer as balizas necessárias para a condição digna de vida para a população, dentre elas estão, sem dúvidas, o acesso a bens primordiais a vida humana, notadamente água e energia elétrica.

Ademais, insta frisar que ocupações, mesmo não gerando título de propriedade imediatamente, constitui manifestação popular válida, tanto para pressionar o poder público para a consecução de política pública, quanto para dirimir uma situação de extrema necessidade que é a falta de moradia.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - **MODELO DE PEÇA**

CÍVEL

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A análise do mínimo existencial, nos termos da Lei nº 14.181/21, deve ser realizada com base no caso concreto, sendo inconstitucional fixação prévia, abstrata e taxativa de quantificação que o exprima, por violar a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, a finalidade da ordem econômica e por afastar do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito.*

Autores/as: NÚCLEO ESPECIALIZADO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Integrantes: Alvimar Virgílio de Almeida, Cristiane Penhalver Jensen, Estela Waksberg Guerrini, Gisele Souto Durante, Luiz Fernando Baby Miranda, Mariana Leite Figueiredo, Michel Allan Mofsoyich, Renato Campolino Borges e Rodrigo Sardinha de Freitas Campos.

ASSUNTO

Direito do Consumidor. Superendividamento. Mínimo existencial.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública promover a defesa tanto individual quanto coletiva dos direitos do consumidor.

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

VI- promover:

d) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos do consumidor necessitado;

A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) foi atualizada pela Lei nº 14.181/21, passando a reconhecer de forma expressa o direito de repactuação das dívidas quando se tratar de consumidor superendividado (art. 104-A e 104-B c.c. art. 54-A, §1º, do CDC).

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

I. Da inconstitucionalidade do Decreto nº11.150/22

A Lei nº 14.181/21 atualizou o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), norma de ordem pública, para evitar e, se necessário, tratar o superendividamento.

O enfrentamento do superendividamento visa evitar sua exclusão social¹ e marginalização, garantindo que a prática de crédito seja responsável e que o endividamento não comprometa o mínimo existencial².

Em caso de superendividamento, a finalidade da lei é permitir o pagamento das dívidas sem que haja o comprometimento do mínimo existencial do consumidor³.

O mínimo existencial é o elemento finalístico de proteção da pessoa humana, conforme explica Cláudia Lima Marques:

1 Art. 4º, X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor."

2 ARt. 6º, XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;
XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

3 Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas

Mínimo existencial: o mínimo existencial decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e apresenta-se vinculado aos direitos fundamentais sociais como uma garantia a recursos materiais para uma existência digna. Em matéria de crédito e consumo, o mínimo existencial está associado à quantia capaz de assegurar a manutenção das despesas de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde, higiene, educação, transporte, entre outras. A ideia é a de que as dívidas oriundas de empréstimos ao consumo não comprometam demasiadamente a renda do consumidor, colocando em risco a satisfação de suas necessidades fundamentais. O valor do mínimo existencial será objeto de regulamentação futura, mas não poderá servir de pretexto para reduzir o mínimo existencial a um mínimo meramente vital⁴.

A preservação do mínimo existencial é um meio de dar concretude à dignidade da pessoa humana fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, da Constituição Federal⁵) e alcançar os seus objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF)⁶ e erradicar a pobreza e a marginalização (art. 3º, III, da CF)⁷.

Tem-se, ainda, que é a finalidade da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput, da CF)⁸.

Não se ignora que a Lei nº 14.181/21 menciona em mais de uma ocasião a necessidade de regulamentação do mínimo existencial.

A despeito da necessidade de preservação do mínimo existencial, o Decreto nº 11.150/2022, a título de regulamentar a Lei nº 14.181/21, originalmente fixou o valor do mínimo existencial como sendo 25% do salário mínimo vigente naquele momento⁹.

Hoje, o valor do mínimo existencial, nos termos do art. 3º, caput, do Decreto 11.150/22 é R\$600,00, equivalente a 45,45% do salário-mínimo em 2023. Apesar do ligeiro aumento do valor, o vício de inconstitucionalidade ainda persiste.

Evidente que o ato administrativo, ainda que em seus elementos discricionários, não pode contrariar ou esvaziar a finalidade prescrita pela legislação que o previu. Quando o ato administrativo

4 MARQUES, Claudia Lima. Do Crédito Responsável: a prevenção ao superendividamento do consumidor e os novos paradigmas no crédito ao consumidor. In BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima Marques; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. Comentário à Lei 14.181/21 [livro eletrônico]: a atualização do CDC em matéria de superendividamento. 1ª edição. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2021.

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

6 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

7 Art. 3º, III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

8 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

9 O art. 3º, §2º, do referido Decreto vedava a correção automática desse valor caso houvesse aumento do salário-mínimo. Apesar de o Decreto nº11657/23 ter revogado esse dispositivo, manteve um valor fixo para o mínimo existencial, desvinculando-o do salário-mínimo e ignorando o processo inflacionário.

não observa a finalidade estabelecida pelo legislador (ou o constituinte), há evidente desvio de venalidade:

É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa; se a lei coloca a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punição; se a lei permite a remoção ex officio do funcionário para atender a necessidade do serviço público, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição.

Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder. Tanto ocorre esse vício quando a Administração remove o funcionário a título de punição, como no caso em que ela desapropria um imóvel para perseguir o seu proprietário, inimigo político. No primeiro caso, o ato foi praticado com finalidade diversa da prevista na lei; no segundo, fugiu ao interesse público e foi praticado para atender ao fim de interesse particular da autoridade¹⁰.

O valor fixado não respeita a proporcionalidade, resultando em um esvaziamento total da norma.

O mínimo existencial é o valor que o consumidor terá para poder sobreviver, pagando os custos da alimentação, consumo de energia elétrica, aluguel (que não é dívida de consumo), água, vestuário, transporte, saúde e lazer. É o mínimo existencial que garantirá que não haja exclusão social, permitindo uma garantia do pagamento de seus custos básicos durante o pagamento das dívidas.

A partir dessa constatação, evidente que o valor fixado pelo Decreto 11.150/22 não faz frente, ainda que minimamente, a essas despesas.

Com efeito, o valor da cesta básica em junho de 2023, segundo dados do DIEESE, era R\$ 783,05.

Além disso, tem-se que o Decreto não traz qualquer consideração acerca da composição da família e de quantas pessoas seriam sustentadas com esse valor. Se já é difícil imaginar que uma pessoa conseguiria viver com esse valor de forma digna, a existência de duas crianças já levaria essa família a ter disponível uma renda menor do que a linha da extrema pobreza.

A rigor, essa família teria renda per capita inferior ao previsto para a concessão do Benefício de Prestação Continuada (art. 20, §3º, da Lei n 8.742/93).

Ainda que se reconheça uma elasticidade semântica para a expressão “dignidade da pessoa humana” e “mínimo existencial”, é impossível, de boa-fé, entender que o valor de R\$ 600,00 seria uma tradução prática de ambas.

Fixar o mínimo existencial abaixo da linha da pobreza, por sua vez, viola o objetivo da República Federativa do Brasil de erradicar a desigualdade e a marginalização.

10 PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. Disponível em: Minha Biblioteca, (36th edição). Grupo GEN, 2023. <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/epubcfi/6/36%5B%3Bv-nd.vst.idref%3Dhtml18%5D!/4/2/380%5Bch7-7-4%5D/2>

Ademais, além da violação desses princípios, a fixação do valor de R\$ 600,00 não pode impedir o acesso ao Poder Judiciário, sob pena de violar o art. 5º, XXXV, da CF¹¹, pois é absolutamente inviável que uma pessoa possa assumir de forma factível o compromisso de sobreviver durante 5 anos com esse valor mensal.

Trata-se de uma forma de evitar a aplicação da norma, por absoluta impossibilidade fática de encontrar um caso que se adeque ao fixado na regulamentação da norma, negando-se a proteção estatal ao consumidor, violando o art. 5º, XXXII, e art. 170, V, ambos da Constituição Federal.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Até a edição da Lei nº 14.181/21, as pessoas naturais contavam apenas com a ação de insolvência civil, caso não tivessem condições e patrimônio suficientes para pagar as dívidas que contraíssem.

A Lei nº 14.181/21, por sua vez, trouxe um tratamento menos traumático para as situações de superendividamento decorrentes de dívidas de consumo contraídas de boa-fé. A intenção do legislador é permitir que as dívidas possam ser pagas sem que seja prejudicado o seu mínimo existencial.

Trata-se de uma forma de evitar as situações de sofrimento psíquico e estigma social das pessoas que possuem dívidas, recuperar o crédito dos credores e permitir que a pessoa devedora continue consumindo o necessário para sobreviver.

O Brasil já apresentava cenário de endividamento elevado das famílias ao longo da década passada, o qual se agravou em razão dos impactos econômicos da pandemia da COVID-19.

O histórico de endividamento das famílias no Brasil atingiu um novo recorde em 2023. Segundo a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), a inadimplência em abril atingiu 78,3%¹². O último levantamento do Serasa mostrou que 71,44 milhões de pessoas estão inadimplentes no mesmo período¹³.

A inovação legislativa, no entanto, acabou tendo sua aplicação impedida pela literalidade do Decreto nº 11.150/22, que fixou o mínimo existencial em valor irreal. A alteração recente no decreto, por sua vez, ainda que aumentando o valor original do “mínimo existencial”, fixou um parâmetro impossível de ser aplicado de forma realista.

O Decreto nº 11.150/22 estabelece que o mínimo existencial seria preservado com o valor de R\$ 600,00. Além desse valor ser insuficiente para pagamento de despesas correntes com alimentação, aluguel, consumo de energia elétrica, água, gás de cozinha etc., não há previsão de ser alterado caso a renda seja utilizada para o sustento de famílias com duas ou mais pessoas.

Caso se trate de uma família com duas pessoas (considerando-se uma mãe que sustenta um único filho, por exemplo), a renda per capita desse mínimo existencial seria muito inferior ao valor

11 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

12 <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-05/endividamento-atinge-783-das-familias-brasileiras-diz-cnc>

13 <https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/mapa-da-inadimplencia-e-renogociacao-de-dividas-no-brasil/>

da linha de pobreza considerando-se os dados de 2021¹⁴. Caso essa mesma família tenha duas crianças, aproxima-se da linha da extrema pobreza¹⁵.

Pesquisa recente nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indica que os parâmetros do Decreto nº 11.150/22 estão sendo utilizados para negar acesso à recuperação da pessoa superendividada:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de repactuação de dívidas. Art. 54-A da Lei nº 8.078/90. Decisão que indeferiu a tutela de urgência. Irresignação. Agravante que possui 14 empréstimos consignados e 2 cartões de crédito com reserva de margem consignável que não ultrapassam a margem legal. Evidente descontrole financeiro da Autora. Considera-se mínimo existencial a renda mensal equivalente a seiscentos reais (art. 3º, Dec. nº 11.150/2022). Autora que não preenche os requisitos do referido decreto e, por conseguinte, não pode ser considerada superendividada. A pretensão de repactuação de dívidas depende da observância do procedimento estabelecido em lei (art. 104-A da Lei nº 14.181/21), não havendo previsão de tutela provisória para suspensão ou limitação de descontos. Decisão mantida. Recurso improvido. (THSP – Agravo de Instrumento 2100510-84.2023.8.26.0000 – 24ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Pedro Paulo Maillet Preuss – Data do Julgamento: 24/07/2023)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência – Pedido de reforma – Inadmissibilidade – Ação fundada na Lei do Superendividamento – Procedimento próprio que não prevê a possibilidade de concessão de tutela de urgência antes da apresentação da proposta do plano de pagamento (art. 104-A, caput, CDC) – Precedentes desta C. Câmara – Agravante que, mesmo após os descontos consignados e descontos relativos a empréstimo pessoal, percebe rendimentos superiores ao mínimo existencial (R\$ 600,00 conforme artigo 1º do Decreto 11.567/2003) – Observância do Tema 1085 – Limitação que caberia apenas aos empréstimos consignados, no patamar de 35%, por se tratar de servidor público estadual (artigo 1º do Decreto nº 61.750/2015), sendo que, no caso dos autos, não restou comprovado que os descontos consignados ultrapassem o percentual legal – Questão relativa à audiência conciliatória que não comporta análise neste grau de jurisdição, sob pena de supressão de instância, uma vez que não fora objeto da r. decisão agravada – Decisão mantida – AGRAVO DESPROVIDO. (TJSP – Agravo de Instrumento – 21ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des Fábio Podestá – Data do julgamento: 05/07/2023)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de repactuação de dívidas. Art. 54-A da Lei nº 8.078/90. Decisão que indeferiu a tutela de urgência. Irresignação. Agravante que possui apenas 01 empréstimo consignado que não ultrapassa 30% dos seus vencimentos. Dívidas contraídas um mês antes do ajuizamento da demanda. Evidente descontrole financeiro do Autor. Considera-se mínimo existencial a renda mensal equivalente a 25% do salário-mínimo (art. 3º, Dec. nº 11.150/2022). Autor que não preenche os requisitos do referido decreto e, por conseguinte, não

14 Texto-MapaNovaPobreza_Marcelo_Neri_FGV_Social.pdf

15 Considerando-se os valores do estudo, os quais se encontram defasados em razão da inflação do período.

pode ser considerado superendividado. A pretensão de repactuação de dívidas depende da observância do procedimento estabelecido em lei (art. 104-A da Lei nº 14.181/21), não havendo previsão de tutela provisória para suspensão ou limitação de descontos. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP – Agravo de Instrumento nº 2081539-51.2023.8.26.0000 – 24ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Pedro Paulo Maillet Preuss – Data do Julgamento: 14/06/2023)

Diante dos julgados apresentados, necessário reconhecer a necessidade de aplicação da tese institucional, com a análise da preservação do mínimo existencial a partir do caso concreto, sob pena de impossibilidade de aplicação da Lei nº 14.181/21 para a recuperação da pessoa superendividada, ante a realidade socioeconômica brasileira.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

O/a usuário/a procura a Defensoria Pública do Estado de São Paulo para tentar a renegociação de uma dívida que não está conseguindo pagar e, na maioria dos casos, traz o risco de suspensão de serviço essencial, a perda de um bem ou, em casos extremos, a dificuldade de aquisição de alimentos.

A análise do superendividamento deve ser realizada no caso concreto. Se o Decreto nº 11.150/22 traz uma presunção absoluta de violação do mínimo existencial quando o valor disponível para a subsistência é inferior àquele que indica, não é possível afastar a análise do caso concreto, levando-se em consideração as necessidades da entidade familiar e renda que possui.

A operacionalização da presente proposta requer a adoção da tese aqui apresentada em todas as fases do processo e instâncias judiciais, até para fins de prequestionamento, já que possível subir às instâncias superiores, por violação de norma federal e violação de normas constitucionais.

FAMÍLIA

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A obrigatoriedade de sessões de constelação familiar no Poder Judiciário, judicial ou extrajudicialmente, como tentativa de solucionar o litígio de forma consensual, nos casos envolvendo mulheres que viveram ou vivem em situação de violência doméstica, viola Recomendação nº 33 do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da ONU e a garantia de não revitimização prevista no artigo 10-A, §1º da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha).*

ASSUNTO

Direito de família – Direito Sistêmico – Mulher em situação de violência – Constelação Familiar – Pseudociência – Vedação da revitimização – Direitos humanos das mulheres.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Lei 988/2006, Art. 5º, inc. VI:

- i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência; e
- j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar;

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O Código de Processo Civil preleciona a centralidade das soluções consensuais do litígio, essencialmente no que diz respeito às ações de família. O artigo 694 do código determina que “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.”

O CNJ noticiou em abril de 2018 que a constelação familiar seria ferramenta alinhada à promoção de práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos preconizada pela Resolução CNJ nº 125/2010. Supostamente, a pseudociência auxiliaria na “humanização” de práticas conciliatórias no âmbito forense, pessoalizando mais o ato judicial a partir das representações realizadas durante as sessões.

Contudo, conforme previsto na Recomendação nº 33 do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da ONU, um dos alicerces da Lei Maria da Penha, a recomendação para que os Estados signatários **“asseguem que casos de violência contra as mulheres, incluindo violência doméstica, sob nenhuma circunstância sejam encaminhados para qualquer procedimento alternativo de resolução de disputas”**, como, por exemplo o encaminhamento para sessões de constelação familiar, mesmo que no âmbito do Judiciário.

Recentemente, o tema entrou em pauta para discussão pelo CNJ e, em 17 de outubro de 2023, o Conselheiro relator, Marcio Luiz Coelho de Freitas, votou no sentido de impor restrições à utilização de técnicas terapêuticas alternativas no âmbito do Poder Judiciário, em especial, a constelação familiar. Na opinião do Conselheiro nenhum magistrado/a poderá obrigar vítimas de violência doméstica a se submeterem ao procedimento, eis que tal teoria possui grande potencial de revitimizar a vítima, colocando-a numa situação de desigualdade e fragilidade diante do agressor. **Ademais, não há evidências científicas publicadas por periódicos especializados que suportem a eficácia das constelações familiares.**

Além disso, ao tratar sobre o atendimento da autoridade policial a mulheres em situação de violência, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 10-A, §1º, elenca como direito da mulher (i) a salvaguarda da sua integridade física, psíquica e emocional; (ii) a garantia de que, em nenhuma hipótese ela tenha contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; e **(iii) a não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.**

Nesse sentido, é possível aproveitar a motivação do legislador ao criar esses artigos na Lei Maria da Penha para constatar que existe a preocupação com a revitimização da mulher por autoridades do estado, com a violação por essas autoridades de sua integridade psíquica e emocional, e especificamente no que tange a reexposição da mulher às lembranças aos fatos traumáticos de violência.

Cabe ainda evocar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que apresenta princípios e diretrizes para uma atuação, de juízas e juízes, que seja atenta a questões de gênero, onde são apresentadas preocupações precisam ser tomadas em sua atividade a fim de minimizar a exposição da mulher à revitimização.

Ademais, o Conselho Federal de Psicologia por meio de nota técnica emitida em março de 2023, afirmou que a prática reforça estigmas e preconceitos contra mulheres já que parte do pressuposto de que regras “naturais” definem as questões familiares. No caso das mulheres, por exemplo, há uma perspectiva dentro dessa teoria de que elas são hierarquicamente inferiores aos homens, posicionamento que viola frontalmente a igualdade substancial entre mulheres e homens, protegida pela CEDAW, já que reforça os estereótipos de gênero e a estrutura familiar patriarcal.

Ante o exposto, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo deve em sua atuação, garantir que mulheres em situação de violência não sejam obrigadas a passar por sessões de constelação familiar como etapa obrigatória para a resolução do conflito de forma extrajudicial, já que, como consequência desse processo seus direitos podem ser violados.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Promulgada em 2006, a Lei Maria da Penha, comprometida com uma outra lógica de atenção às mulheres no contexto da violência doméstica, afastou a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com Violência Doméstica e Familiar contra as mulheres, independentemente da pena prevista, positivando em seu artigo 14, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos especializados da Justiça Ordinária com competência cível e criminal para tratar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

No entanto, ainda não houve a implementação massiva da Lei Maria da Penha, o que faz com que mulheres em situação de violência apresentem ações em varas de família, submetendo-se ao procedimento civil comum que tem o consenso como importante instrumento da resolução de conflitos. Assim, hoje, a regra geral é que caso não haja uma recusa expressa, a mulher vítima de violência será submetida a audiência de conciliação ou mediação, ensejando todas as questões expostas acima.

Ante o exposto, manter as práticas de resolução extrajudiciais de conflitos nas situações que envolvem violência doméstica contra a mulher nas instituições do sistema de justiça, pode indicar possíveis retrocessos às lutas e direitos conquistados ao longo da história pelas mulheres brasileiras, sob risco de voltarmos à lógica rompida com a LMP, de que se trata apenas de questões relacionais daquele casal ou família em específico, que remontam a sua ancestralidade, por exemplo, e não como questões estruturais que podem – e são – reproduzidas no âmbito de sistemas institucionais hierarquizados.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Em caso de atendimento cível ou de demandas de família de mulher em situação de violência doméstica e familiar, não haverá encaminhamento para sessões de conciliação que envolvam constelação familiar a ser realizada na própria Defensoria ou nas Varas de Família.

Ainda, no momento da propositura da ação que envolvam mulheres vítimas de violência deve-se, na petição inicial, relatar a situação, juntando a documentação pertinente (em especial, cópia de medida protetiva concedida, quando houver) e **inserindo o pedido de que não sejam impostos atendimentos visando a resolução do conflito de forma consensual, especialmente aqueles que envolvam sessões de constelação familiar.**

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOVER.

Por se tratar de tema relacionado a mulheres em situação de violência, a tese apresentada tem um claro enfoque de gênero.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA**AO JUÍZO DA ____ª VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO***Ementa da petição:*

XX

XX

XX

Autos nº*Ação de....*

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyy, residente e domiciliado/a na Rua yyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

A Requerente se casou com o requerido em XXXX.

Conforme disposto em no Doc. X em anexo, determinou-se em sede de medida protetiva X, Y Z. Isso decorre do fato de a Requerente ter sido submetida a violência (física/psíquica) pelo Requerido [relato do fato e da situação de violência].

.....

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

O Código de Processo Civil (CPC) prevê em seu artigo 334, §4º, I e II que, constatados os requisitos da petição inicial, o primeiro ato processual deve ser o agendamento de uma audiência de conciliação ou mediação. Essa audiência poderá ser dispensada caso ambas as partes manifestem desinteresse na autocomposição, o que é feito na petição inicial (artigo 319, VII do CPC), ou quando ela não for admitida.

O Código de Processo Civil preleciona a centralidade das soluções consensuais do litígio, essencialmente no que diz respeito às ações de família. O artigo 694 do código determina que “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.”

O CNJ noticiou em abril de 2018 que a constelação familiar seria ferramenta alinhada à promoção de práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos preconizada pela Resolução CNJ nº 125/2010. Supostamente, a pseudociência auxiliaria na “humanização” de práticas conciliatórias no âmbito forense, pessoalizando mais o ato judicial a partir das representações realizadas durante as sessões.

Contudo, conforme previsto na Recomendação nº 33 do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da ONU – um dos alicerces da Lei Maria da Penha, é recomendação para que os Estados signatários “asseguem que casos de violência contra as mulheres, incluindo violência doméstica, sob nenhuma circunstância sejam encaminhados para qualquer procedimento alternativo de resolução de disputas”, como, por exemplo o encaminhamento para sessões de constelação familiar, mesmo que no âmbito do Judiciário.

Recentemente, o tema entrou em pauta para discussão pelo CNJ e, em 17 de outubro de 2023, o Conselheiro relator, Marcio Luiz Coelho de Freitas, votou no sentido de impor restrições à utilização de técnicas terapêuticas alternativas no âmbito do Poder Judiciário, em especial, a constelação familiar. Na opinião do Conselheiro nenhum magistrado/a poderá obrigar vítimas de violência doméstica a se submeterem ao procedimento, eis que tal teoria possui grande potencial de revitimizar a vítima, colocando-a numa situação de desigualdade e fragilidade diante do agressor. Ademais, não há evidências científicas publicadas por periódicos especializados que suportem a eficácia das constelações familiares

Além disso, ao tratar sobre o atendimento da autoridade policial a mulheres em situação de violência, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 10-A, §1º, elenca como direito da mulher (i) a salvaguarda da sua integridade física, psíquica e emocional; (ii) a garantia de que, em nenhuma hipótese ela tenha contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; e (iii) a não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

Nesse sentido, é possível aproveitar a motivação do legislador ao criar esses artigos na Lei Maria da Penha para constatar que existe a preocupação com a revitimização da mulher por autoridades do estado, com a violação por essas autoridades de sua integridade psíquica e emocional, e especificamente no que tange a reexposição da mulher às lembranças aos fatos traumáticos de violência.

Por fim, cabe ainda evocar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que apresenta princípios e diretrizes para uma atuação, de juízas e juizes, que seja atenta a questões de gênero, onde são apresentadas

preocupações precisam ter em sua atividade a fim de minimizar a exposição da mulher a revitimização. Ademais, o Conselho Federal de Psicologia por meio de nota técnica emitida em março de 2023, afirmou que a prática reforça estigmas e preconceitos contra mulheres já que parte do pressuposto de que regras “naturais” definem as questões familiares. No caso das mulheres, por exemplo, há uma perspectiva dentro dessa teoria de que elas são hierarquicamente inferiores aos homens, posicionamento que viola frontalmente a igualdade substancial entre mulheres e homens, protegida pela CEDAW, já que reforça os estereótipos de gênero e a estrutura familiar patriarcal.

Portanto, diante dos fatos acima narrados, que demonstram a situação de violência contra a mulher a qual foi submetida a Requerente, requer-se seja dispensada a realização de sessões de constelação familiar como forma de resolução consensual de qualquer controvérsia.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...
- e. Sejam dispensados as partes de comparecerem a audiência de conciliação por conta da impossibilidade de autocomposição, conforme previsto no artigo 319, VII do CPC, decorrente da situação de violência em que se encontra a Requerida.
- e. Seja, ao final, julgado procedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

FAMÍLIA

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *O uso de solução consensual de conflitos, extrajudicial ou judicialmente, em casos em que há violência doméstica e familiar contra a mulher, salvo se houver concordância expressa da vítima, viola a Recomendação nº 33 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres da ONU e o princípio orientador da Lei Maria da Penha de não revitimização da mulher.*

ASSUNTO

Direito de família - Mulher em situação de violência - Solução consensual de conflitos - vedação da revitimização – Direitos humanos das mulheres.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Lei 988/2006, Art. 5º, inc. VI:

- i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência; e
- j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER)

A proposta nº 8.2 do Plano de Atuação 2022/2023 da Defensoria Pública do Estado apresenta como proposta de atuação da instituição a promoção e o “atendimento multidisciplinar e prioritário às mulheres vítimas de violência doméstica, especialmente nos casos em que a mulher é idosa e/ou o agressor é filho com deficiência mental, ou usuário problemático de entorpecentes”. Dentre as atividades nas quais essa meta se desdobra e que se relacionam com a presente tese, tem-se:

- Realizar levantamento conjunto com AQA, Ass. Cível, NEDIPED e NCDH sobre os principais desafios e possibilidade de atuação nos atendimentos a esse público;
- Elaborar orientações para aprimorar o acolhimento desses casos, em conjunto com Assessorias, NCDH e NEDPIED; e
- Realizar a capacitação de defensores/as e servidores de diferentes instituições envolvidas no atendimento multidisciplinar e prioritário a mulheres vítimas de violência doméstica.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O Código de Processo Civil (CPC) prevê em seu artigo 334, §4º, I e II que, constatados os requisitos da petição inicial, o primeiro ato processual deve ser o agendamento de uma audiência de conciliação ou mediação. Essa audiência poderá ser dispensada caso ambas as partes manifestem desinteresse na autocomposição, o que é feito na petição inicial (artigo 319, VII do CPC), ou quando ela não for admitida.

Para as ações de família, o CPC reitera a centralidade das soluções consensuais. Em seu artigo 694, o código determina que “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

Contudo, conforme previsto na Recomendação nº 33 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres da ONU¹ - um dos alicerces da Lei Maria da Penha, é recomendado que os Estados signatários “asseguem que casos de violência contra as mulheres, incluindo violência doméstica, **sob nenhuma circunstância sejam encaminhados para qualquer procedimento alternativo de resolução de disputas**”, como é o caso das audiências de mediação e conciliação, mesmo que no âmbito do Judiciário.

Além disso, ao tratar sobre o atendimento da autoridade policial a mulheres em situação de violência, a Lei Maria da Penha elenca como direito da mulher (i) a salvaguarda da sua integridade física, psíquica e emocional; (ii) a garantia de que, em nenhuma hipótese ela tenha contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; e (iii) a não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

Nesse sentido, é possível aproveitar a motivação do legislador ao criar esses artigos da Lei Maria da Penha para constatar que existe a preocupação com a revitimização da mulher por autoridades do estado, com a violação por essas autoridades de sua integridade psíquica e emocional, e especificamente com a exposição da mulher ao agressor.

Cabe ainda evocar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que apresenta princípios e diretrizes para uma atuação, de juízas e juizes, que seja atenta a questões de gênero, onde são apresentadas preocupações precisam ser tomadas em sua atividade a fim de minimizar a exposição da mulher à revitimização. Somado a isso, tem-se também a vedação expressa feita pela Recomendação nº 33 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres da ONU.

Cabe ainda evocar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que apresenta princípios e diretrizes para uma atuação, de juízas e juizes, que seja atenta a questões de gênero, onde são apresentadas preocupações precisam ser tomadas em sua atividade a fim de minimizar a exposição da mulher à revitimização.

Ainda, importa notar que a própria Lei n.º 13.140/2015 que rege a atividade de mediação, traz como princípio orientador a isonomia entre as partes. Contudo, é relevante perceber que, muitas vezes, a vítima de violência doméstica e familiar pode encontrar dificuldades de expressar de forma livre e autônoma sua vontade se frente à pessoa que a agrediu e submeteu a situações degradantes e de violência - o que macula sua capacidade decisória e a necessária isonomia das partes em um processo de autocomposição.

Ante o exposto, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo deve, em sua atuação, garantir que mulheres em situação de violência não sejam obrigadas a passar pela audiência de conciliação ou mediação, já que, nesse processo, esses direitos podem ser violados.

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. 3 ago. 2015.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

É comum que mulheres busquem o atendimento da Defensoria Pública relatando serem vítimas de violência doméstica e familiar e apresentando à instituição, além das demandas criminais, demandas de família, como divórcio, alimento e definição de guarda.

A Lei Maria da Penha prevê, em seu artigo, 14, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que seriam órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal. Nesses órgãos especializados tramitariam causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

No entanto, ainda não houve a sua implementação massiva, o que faz com que mulheres em situação de violência apresentem ações em varas de família, submetendo-se ao procedimento civil comum que tem o consenso como importante instrumento da resolução de conflitos. Assim, hoje, a regra geral é que caso não haja uma recusa expressa, a mulher será submetida a audiência de conciliação ou mediação, ensejando todas as questões expostas acima.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Em caso de atendimento cível ou de demandas de família de mulher em situação de violência doméstica e familiar, não haverá encaminhamento para conciliação a ser realizada na própria Defensoria ou no Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

Ainda, no momento da propositura da ação de alimentos e outras ações de família, tais quais divórcio, partilha de bens e regulamentação de guarda, deve-se, na petição inicial, relatar a situação de violência, juntando a documentação pertinente (em especial, cópia de medida protetiva concedida, quando houver) e **inserindo o pedido de não realização da audiência de tentativa de conciliação e/ou mediação.**

Nas situações em que a mulher declarar que deseja utilizar alguma forma de resolução consensual de conflito, caso ela não esteja em risco de nova violência ou tenha pedido de medida protetiva ou medida protetiva deferida, deve-se colher declaração da usuária após atendimento **que explique seu direito de não o fazer e que seja esclarecido que não há consequências jurídicas nessa tomada de decisão**, sendo possível acionamento do Centro de Atendimento Multidisciplinar - CAM.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOUVER.

Por se tratar de tema relacionado a mulheres em situação de violência, a tese apresentada tem um claro enfoque de gênero.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA**AO JUÍZO DA ____ª VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO***Ementa da petição:*

XX

XX

XX

Autos nº*Ação de....*

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyy, residente e domiciliado/a na Rua yyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

A Requerente se casou com o requerido em XXXX.

Conforme disposto em no Doc. X em anexo, determinou-se em sede de medida protetiva X, Y Z. Isso decorre do fato de a Requerente ter sido submetida a violência (física/psíquica) pelo Requerido [relato do fato e da situação de violência].

.....

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

O Código de Processo Civil (CPC) prevê em seu artigo 334, §4º, I e II que, constatados os requisitos da petição inicial, o primeiro ato processual deve ser o agendamento de uma audiência de conciliação ou mediação. Essa audiência poderá ser dispensada caso ambas as partes manifestem desinteresse na autocomposição, o que é feito na petição inicial (artigo 319, VII do CPC), ou quando ela não for admitida.

Para as ações de família, o CPC reitera a centralidade das soluções consensuais. Em seu artigo 694, o código determina que “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.”

Contudo, conforme previsto na Recomendação nº 33 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres da ONU² - um dos alicerces da Lei Maria da Penha, é recomendado que os Estados signatários “assegurem que casos de violência contra as mulheres, incluindo violência doméstica, sob nenhuma circunstância sejam encaminhados para qualquer procedimento alternativo de resolução de disputas”, como é o caso das audiências de mediação e conciliação, mesmo que no âmbito do Judiciário.

Além disso, ao tratar sobre o atendimento da autoridade policial a mulheres em situação de violência, a Lei Maria da Penha elenca como direito da mulher (i) a salvaguarda da sua integridade física, psíquica e emocional; (ii) a garantia de que, em nenhuma hipótese ela tenha contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; e (iii) a não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

Ainda, importa notar que a própria Lei n.º 13140/2015 que rege a atividade de mediação, traz como princípio orientador a isonomia entre as partes. Contudo, é relevante perceber que, muitas vezes, a vítima de violência doméstica e familiar pode encontrar dificuldades de expressar de forma livre e autônoma sua vontade se frente à pessoa que a agrediu e a submeteu a situações degradantes e de violência - o que macula sua capacidade decisória e a necessária isonomia das partes em um processo de autocomposição.

Portanto, diante dos fatos acima narrados, que demonstram a situação de violência contra a mulher a qual foi submetida a Requerente, requer-se seja dispensada a realização da audiência de conciliação.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. 3 ago. 2015.

- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...
- e. Sejam dispensados as partes de comparecerem a audiência de conciliação por conta da impossibilidade de autocomposição, conforme previsto no artigo 319, VII do CPC, decorrente da situação de violência em que se encontra a Requerida.
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

FAMÍLIA

3. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A fixação dos alimentos em valor aquém aos parâmetros consagrados na prática forense autoriza a flexibilização dos requisitos da ação revisional para a majoração daqueles, inclusive constituindo, por si só, fundamento suficiente para tanto.*

ASSUNTO

A proposta trata da revisão de alimentos e dos requisitos para tanto (a mudança na situação financeira de quem os supre ou na de quem os recebe, conforme art. 1.699, CC) quando aqueles encontram-se fixados em valores baixos.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

VI - promover: c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

É comum que a Defensoria Pública seja procurada, geralmente por mães, em busca de informações e de providências para aumentar alimentos que já se encontram fixados, via de regra em favor de filhos e em face dos pais destes. Narram que o aumento auxiliaria a subsistência do jovem e que o valor em vigor é pouco. Narram ainda, em parte de tais casos, que tomaram conhecimento de que os alimentos atuais são inferiores ao valor que habitualmente é concedido em situações semelhantes à sua, com perdas à criança ou ao adolescente e inevitável sensação de prejuízo.

O ordenamento jurídico prevê a revisão de alimentos no art. 1.699, CC, nos seguintes termos:

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Nesse sentido, há requisitos para possibilitar o aumento dos alimentos: a melhora na situação financeira de quem os presta, que pode então contribuir com mais, ou a piora da situação de quem os recebe, que passa a demandar mais auxílio.

Referidos requisitos podem ser vistos como positivos na medida em que auxiliam a estabilizar a relação jurídica entre as partes.

Porém, nos casos em que os alimentos encontram-se, por qualquer razão, em valores inferiores ao habitualmente utilizados na prática forense, os requisitos elencados em lei podem constituir verdadeiro entrave de difícil transposição à readequação dos alimentos. Com efeito, por tais requisitos, ainda que o valor dos alimentos seja de fato baixo e em desacordo com a prática, não há possibilidade de majorá-los judicialmente salvo com o aumento da capacidade do alimentante ou da necessidade do alimentado a partir da fixação daqueles, sendo ainda necessário demonstrar tais alterações no âmbito de um processo judicial.

Por sua vez, o art. 1º, II e III, CF, prevê:

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: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;

O art. 227, CF, preceitua:

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

Infraconstitucionalmente, dispõe o art. 22, ECA :

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Por fim, estabelecem os arts. 1.694, caput, e § 2º, e 1.707, CC:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Como decorrência de tais fundamentos e deveres, em especial do dever de cuidado e sustento que incumbe aos pais, bem como da finalidade e do conteúdo da verba alimentar, esta deve ser aumentada caso se encontre em valores insuficientes ao sustento do alimentado e, em especial, da criança e do adolescente, como forma de conferir efetiva garantia à justa subsistência e à dignidade. Tal necessidade é ainda mais urgente quando os alimentos encontram-se inclusive abaixo do mínimo praticado pelos Tribunais, sem perder de vista ainda que tal valor já é insuficiente para os gastos de uma pessoa. Contudo, é o valor mínimo que se encontra consagrado na prática, impondo-se que ao menos o seu alcance possa ser facilitado.

Os requisitos do art. 1.699, CC, ao estabelecerem condições que podem obstaculizar o adequado atendimento de tais direitos e deveres, encontra-se em conflito direto com tais normas e deve ceder ante sua menor força em face das demais disposições. Ademais, quaisquer considerações relativas à coisa julgada ou mesmo à autonomia da vontade não sobrepujam o direito do alimentado à assistência familiar justa – e, conseqüentemente, à sua saúde, educação, alimentação, moradia, conforto e todos os demais direitos impactados pelo valor dos alimentos.

A fixação dos alimentos em valor baixo e inferior aos parâmetros da prática forense, além de prejudicar o alimentado, também afeta seu eventual responsável, o qual majoritariamente é a mãe. Esta, para além da necessidade de despender também recursos para complementar os gastos com a subsistência dos filhos diante da ajuda insuficiente do genitor, exerce ainda o trabalho de cuidado, muitas vezes invisível, sendo responsável sem auxílio pelos filhos da relação. Desinvisibilizado esse trabalho, vê-se ainda mais a desproporção entre as contribuições de cada parte para os filhos, sequer contribuindo o pai com o mínimo.

O aumento defendido é para patamares mínimos e já consagrados na prática forense. Em tais casos, outras normas que não apenas o art. 1.699, CC, devem informar o caso, tais como o art. 22, ECA, já destacado, bem como o próprio art. 1º, III, CF, que, ao assentar a dignidade da pessoa humana como fundamento do país, consagra-a também como princípio a embasar as relações entre particulares e por consequência também membros de uma família. No presente caso, estando os valores dos alimentos abaixo do que é usualmente praticado como mínimo e tendo o alimentado necessidade da diferença dos valores, é certo que a dignidade deste encontra-se ofendida. Relembre-se neste ponto que os alimentos fundam-se na ideia de solidariedade familiar e que incumbe aos parentes em questão – na maioria das vezes, pais – o dever de auxílio em caso de necessidade.

Também é oportuno lembrar neste momento o princípio da indisponibilidade dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como o princípio da irrenunciabilidade dos alimentos, consagrado no art. 1.707, CC, em especial quando os alimentos são estabelecidos de forma consensual.

Em tais casos, ainda que se tenha concordado – independentemente dos motivos – com valores de alimentos abaixo do mínimo admitido pelos Tribunais e inferior ao necessário para seu adequado sustento, isso não deve impedir a pretensão de mais livremente rever que estes alimentos mínimos sejam agora fixados.

O fato de os alimentos serem irrenunciáveis impede que o Requerente deles abra mão em caráter definitivo – essa, aliás, é a aplicação mais consagrada do referido princípio. Contudo, tal princípio deve ter também uma segunda aplicação: a de impedir que o alimentando, ao concordar com valor abaixo do mínimo suficiente para si e reconhecido pelos Tribunais, veja-se obrigado em definitivo a receber o valor inferior. Nesse segundo caso, o princípio da irrenunciabilidade dos alimentos deve produzir efeitos no sentido evidenciar que o alimentado aceitou valor inferior àquele a que fazia jus e pode então pleitear integralmente seus direitos em outro momento.

O princípio da indisponibilidade dos direitos de crianças e adolescentes também conduz à mesma conclusão – eles não são obrigados a manter-se em relação jurídica com termos atentatórios à sua pessoa. Tais relações jurídicas são frágeis e admitem revisão e desfazimento.

Aliás, é possível lembrar de regras contidas no ordenamento jurídico, dentre as quais a proibição de doação que reduza o doador à miséria, insculpida no art. 548, CC:

Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

De forma semelhante à doação acima, a fixação de alimentos em valor insuficiente àquele de que o filho precisa e faz jus corresponde, na prática, a uma verdadeiro ganho patrimonial gratuito para o alimentante, porém com sacrifício do alimentado e de sua existência.

Sobre o tema da indisponibilidade e da irrenunciabilidade dos alimentos, é interessante trazer os seguintes trechos doutrinários:

“b) Indisponibilidade e irrenunciabilidade

Isto no sentido de que o direito a alimentos não é suscetível de renúncia ou cessão. Mesmo que às pessoas se reconheça a absoluta liberdade, e que sejam elas capazes, não é admitida a renúncia ao direito, ou qualquer outra forma de disposição. E nem poderia ser diferente, pois os alimentos têm importância vital, significando a própria garantia à vida. Registra San Tiago Dantas, com propriedade: “Como não se pode renunciar à própria vida, também não se pode renunciar ao direito aos alimentos, uma decorrência lógica do primeiro. Pode-se, sim, renunciar temporariamente ao direito

aos alimentos, de modo que, embora se recusando hoje uma prestação alimentar e outra amanhã, sempre se está em condições de, a qualquer momento, retomar o exercício do direito e de exigir alimentos dos parentes que os devem”.

O art. 1.707 é decisivo no tocante à irrenunciabilidade e indisponibilidade: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

(...)

De modo que sem valor a cláusula a respeito da renúncia.”

(Direito de Família, Arnaldo Rizzardo, 10ª ed., 2019, Rio de Janeiro, Forense, pp. 668/669)

Ainda, é forçoso reconhecer que o alimentante em tal cenário permanece em situação cômoda e, de certa forma, blindado pela lei e pelos princípios atualmente em vigor. Isso porque, com base nas normas relativas à autonomia da vontade e à coisa julgada, mantém o pagamento de pensão abaixo daquela que poderia ter sido fixada em favor do filho, incumbindo à mãe o esforço de buscar novamente judicialmente uma solução, demonstrando as alterações de situação na vida de seu filho ou do alimentante e deduzindo-as em Juízo. Ademais, o genitor também não se esforça por tentar obter mais recursos, de modo a melhorar a vida de seus filhos, e muitas vezes, em virtude da informalidade, é absolutamente impossível demonstrar de modo satisfatório qualquer melhora nas condições de vida do alimentante.

Atento a todas essas considerações, há entendimento doutrinário a corroborar o entendimento acima. Nesse sentido, ensina Maria Berenice Dias:

“A revisão dos alimentos é possível sempre que houver afronta ao princípio da proporcionalidade, quer porque houve alteração nas condições de qualquer das partes, quer porque esse princípio foi desatendido por ocasião da fixação dos alimentos (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: RT, 2011, pag. 584)

Observa-se que a autora entende que é cabível a revisão de alimentos quando a proporcionalidade não foi observada no momento da fixação dos alimentos. Aproveitando-se de sua visão, é certo concluir que a proporcionalidade não é respeitada se sequer o mínimo foi observado na fixação deles. Oportuno também destacar que o que agora se busca não chega nem a ser a aplicação da proporcionalidade, mas antes a aplicação de um mínimo.

Diante de tais considerações, é forçoso reconhecer que os requisitos do art. 1.699, CC, devem ser flexibilizados, até em caráter absoluto, permitindo-se a revisão de alimentos de forma facilitada nos casos em que estes estiverem em valores inferiores aos parâmetros consagrados na prática forense.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Conforme narrado acima, é comum que a Defensoria Pública seja procurada, geralmente por mães, em busca de informações e de providências para aumentar alimentos que já se encontram fixados, via de regra em favor de filhos e em face dos pais destes. Narram que o aumento auxiliaria a subsistência do jovem e que o valor em vigor é pouco. Narram ainda, em parte de tais casos, que tomaram conhecimento de que os alimentos atuais são inferiores ao valor que habitualmente é concedido em situações semelhantes à sua.

Os alimentos, nos patamares mínimos que habitualmente são usados na prática forense, já são de modo geral insuficientes para a manutenção e subsistência do alimentado. Ademais, constituem apenas uma fração da parte material das necessidades deste, ficando ainda o responsável direto pelo alimentado – geralmente, a mãe – sobrecarregado com o esforço de garantir os recursos restantes para o dependente, bem como em prestar os cuidados cotidianos, invisibilizados.

O caminho jurídico para a solução deste impasse, ressalvada a possibilidade de o próprio alimentante aquiescer com o aumento dos alimentos, é a ação revisional com intuito de majoração.

Os requisitos previstos na lei e amplamente aceitos, porém, não dialogam com a correção do valor dos alimentos fixados, ainda quando em patamar baixo e inferior aos valores utilizados como mínimos na prática forense. Pelo contrário, os requisitos para a ação revisional dizem respeito apenas à efetiva ocorrência de alteração nas condições de qualquer das partes desde a fixação.

A situação é no entanto mais complexa e acontece com relativa frequência que os alimentos estejam arbitrados em valor baixo, sendo insuficientes para a subsistência digna do alimentado, bem como inferior aos parâmetros utilizados como mínimos pelos Tribunais.

Em paralelo, muitas vezes a situação entre as partes, ainda que com o decurso de longos anos, não se altera de modo significativo ou, alterando-se, enfrentam-se as dificuldades naturais da deflagração da ação judicial e da efetiva demonstração das modificações, de modo que a majoração de alimentos fica inviabilizada.

Neste cenário, são evidentes as perdas ao alimentado – em sua maioria, crianças e adolescentes atendidos pela Defensoria Pública por meio de suas mães –, perdas que aumentam à medida que o tempo avança, e é inevitável a sensação de prejuízo e incompreensão do representante legal diante da impossibilidade de adequação dos valores a patamares mínimos e às vezes amplamente difundidos.

A flexibilização e inclusive a dispensa dos requisitos do art. 1.699, CC, com fundamento em diversos outros princípios e dispositivos de lei aplicáveis ao tema – a exemplo dos arts. 1º, II e III, e 227, CF, art. 22, ECA e arts. 1.694, caput e § 2º, e 1.707, CC – facilita a majoração dos alimentos em favor do alimentado para que eles alcancem ao menos o mínimo a que o seu destinatário faz jus, corrigindo eventuais injustiças.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Sugere-se que, nos casos que se adequem à tese institucional, seja realizado o acolhimento de demanda, com encaminhamento a acordo mediante orientações e, na ausência de êxito deste, com a propositura da ação judicial.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE (SE HOVER)

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ____ª VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Ação Revisional de Alimentos – Alimentos fixados em valor inferior aos parâmetros da prática forense – Circunstância que autoriza a flexibilização dos requisitos do art. 1.699, CC, e que inclusive por si só fundamenta o pedido de majoração – Alteração da situação das partes.

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, (representado por **NOME**, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy), residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS com pedido de tutela antecipada

em face de **NOME**, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, pelas razões de fato e de direito que passa expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

1. No âmbito dos autos 0007877-33.2018.8.26.0269, foram fixados alimentos devidos pela parte Requerida à parte Requerente no importe de ____.

2. Ocorre que referido valor é insuficiente para o sustento adequado da parte Requerente.

Convém lembrar que os valores de alimentos destinam-se aos mais variados gastos, compreendendo higiene, alimentação, lazer, vestuário, saúde, educação, água, energia elétrica e moradia.

Registre-se também que os alimentos atuais encontram-se inclusive em patamar inferior àquele consagrado na prática forense como mínimo, no patamar de _____, seja dos rendimentos líquidos do alimentante em caso de emprego, seja do salário mínimo em caso de desemprego. Tal circunstância, por si só, e considerando os interesses indisponíveis e mínimos do alimentado, bem como a irrenunciabilidade e demais princípios relativos aos alimentos, autorizam a revisão do encargo.

Com efeito, a parte Requerente tem sentido falta da diferença entre o valor usualmente praticado e o valor fixado, de tal forma que é preciso promover a presente ação de revisão de alimentos para majorá-los para aqueles termos.

3. Ademais, houve também alteração das condições da parte Requerente e da parte Requerida desde a celebração do acordo.

Nesse sentido, informa-se que _____

4. Diante de tais circunstâncias, observando-se o princípio da proporcionalidade, resta evidente a necessidade de alteração do valor dos alimentos, seja porque encontra-se defasado, sob o ponto de vista das necessidades da criança e também sob o ponto de vista dos valores mínimos usualmente praticados; seja porque a situação fática que embasou sua fixação alterou-se, de tal sorte que se mostra imprescindível o reajuste do valor, de acordo com uma nova equação necessidade-possibilidade.

Dessa forma, requer o autor a revisão do valor de pensão alimentícia, a fim de que o requerido passe a pagar, na hipótese de trabalho com vínculo empregatício, o valor de _____ de seus vencimentos líquidos, incidindo sobre 13º salário, férias, horas extras, adicionais, gratificações e verbas rescisórias, com pagamento mediante desconto em folha e depósito em conta; e, na hipótese de ausência de vínculo empregatício, _____ do salário mínimo, com vencimento no dia 10 (dez) de cada mês e mediante depósito em conta.

IV. MÉRITO

1. Conforme destacado, os alimentos atualmente fixados são insuficientes para o adequado custeio dos gastos da parte Requerente e, além disso, encontram-se fixados em valores abaixo do mínimo da prática forense. O alimentado possui gastos, inclusive presumidos, em valores bem superiores aos valores com que o alimentante contribui atualmente.

Tal contexto autoriza a revisão do encargo alimentar.

2. Com efeito, veja-se que é dever de ambos os pais sustentar o filho. Nesse sentido, veja-se que o art. 22, ECA:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Ainda, sobre a pensão alimentícia, dispõem os arts. 1.694, caput, e § 2º, e 1.707, CC:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Como decorrência de tais fundamentos e deveres, em especial do dever de cuidado e sustento que incumbe aos pais, bem como da finalidade e do conteúdo da verba alimentar, esta deve ser aumentada caso se encontre em valores insuficientes ao sustento do alimentado e, em especial, da criança e do adolescente, como forma de conferir efetiva garantia à justa subsistência e à dignidade. Tal necessidade é ainda mais urgente quando os alimentos encontram-se inclusive abaixo do mínimo praticado pelos Tribunais, sem perder de vista ainda que tal valor já é insuficiente para os gastos de uma pessoa. Contudo, é o valor mínimo que se encontra consagrado na prática, impondo-se que ao menos o seu alcance possa ser facilitado.

3. Os requisitos do art. 1.699, CC, ao estabelecerem condições que podem obstaculizar o adequado atendimento de tais direitos e deveres, encontra-se em conflito direto com tais normas e deve ceder ante sua menor força em face das demais disposições. Ademais, quaisquer considerações relativas à coisa julgada ou mesmo à autonomia da vontade não sobrepujam o direito do alimentado à assistência familiar justa – e, conseqüentemente, à sua saúde, educação, alimentação, moradia, conforto e todos os demais direitos impactados pelo valor dos alimentos.

A fixação dos alimentos em valor baixo e inferior aos parâmetros da prática forense, além de prejudicar o alimentado, também afeta seu eventual responsável, o qual majoritariamente é a mãe. Esta, para além da necessidade de despender também recursos para complementar os gastos com a subsistência dos filhos diante da ajuda insuficiente do genitor, exerce ainda o trabalho de cuidado, muitas vezes invisível, sendo responsável sem auxílio pelos filhos da relação. Desinvisibilizado esse trabalho, vê-se ainda mais a desproporção entre as contribuições de cada parte para os filhos, sequer contribuindo o pai com o mínimo.

4. Em que pese a alteração das condições do alimentante e do alimentado seja usualmente utilizada como critério para a revisão dos alimentos, tal regra não deve ser aplicado no presente caso. **Isso porque o aumento que o Requerente pleiteia é para patamares mínimos, conforme amplamente consagrado na prática jurídica.**

Nos casos em que o aumento solicitado é para patamares mínimos, outras normas que não apenas o art. 1.699, CC, devem informar o caso, tais como o art. 22, ECA, já destacado, bem como o próprio art. 1º, III, CF, que, ao assentar a dignidade da pessoa humana como fundamento do país, consagra-a também como princípio a embasar as relações entre particulares e por consequência também membros de uma família. No presente caso, estando os valores dos alimentos abaixo do que é usualmente praticado como mínimo e tendo o alimentado necessidade da diferença dos valores, é certo que a dignidade deste encontra-se ofendida. Relembre-se neste ponto que os alimentos fundam-se na ideia de solidariedade familiar e que incumbe aos parentes em questão – na maioria das vezes, pais – o dever de auxílio em caso de necessidade.

Também é oportuno lembrar neste momento o princípio da **indisponibilidade dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como o princípio da irrenunciabilidade dos alimentos**, consagrado no art. 1.707, CC, em especial quando os alimentos são estabelecidos de forma consensual.

Em tais casos, ainda que se tenha concordado – independentemente dos motivos – com valores de alimentos abaixo do mínimo admitido pelos Tribunais e inferior ao necessário para seu adequado sustento, isso não deve impedir a pretensão de mais livremente rever que estes alimentos mínimos sejam agora fixados.

O fato de os alimentos serem irrenunciáveis impede que o Requerente deles abra mão em caráter definitivo – essa, aliás, é a aplicação mais consagrada do referido princípio. Contudo, tal princípio deve ter também uma segunda aplicação: a de impedir que o alimentando, ao concordar com valor abaixo do mínimo suficiente para si e reconhecido pelos Tribunais, veja-se obrigado em definitivo a receber o valor inferior. Nesse segundo caso, o princípio da irrenunciabilidade dos alimentos deve produzir efeitos no sentido evidenciar que o alimentado aceitou valor inferior àquele a que fazia jus e pode então pleitear integralmente seus direitos em outro momento.

O princípio da indisponibilidade dos direitos de crianças e adolescentes também conduz à mesma conclusão – eles não são obrigados a manter-se em relação jurídica com termos nitidamente atentatórios à sua pessoa. Tais relações jurídicas são frágeis e admitem revisão e desfazimento.

Aliás, é possível lembrar de regras contidas no ordenamento jurídico, dentre as quais a proibição de doação que reduza o doador à miséria, insculpida no art. 548, CC:

Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

De forma semelhante à doação acima, a fixação de alimentos em valor insuficiente àquele de que o filho precisa e faz jus corresponde, na prática, a uma verdadeiro ganho patrimonial gratuito para o alimentante, porém com sacrifício do alimentado e de sua existência.

Sobre o tema da indisponibilidade e da irrenunciabilidade dos alimentos, é interessante trazer os seguintes trechos doutrinários:

“b) Indisponibilidade e irrenunciabilidade

Isto no sentido de que o direito a alimentos não é suscetível de renúncia ou cessão. Mesmo que às pessoas se reconheça a absoluta liberdade, e que sejam elas capazes, não é admitida a renúncia ao direito, ou qualquer outra forma de disposição. E nem poderia ser diferente, pois os alimentos

têm importância vital, significando a própria garantia à vida. Registra San Tiago Dantas, com propriedade: “Como não se pode renunciar à própria vida, também não se pode renunciar ao direito aos alimentos, uma decorrência lógica do primeiro. Pode-se, sim, renunciar temporariamente ao direito aos alimentos, de modo que, embora se recusando hoje uma prestação alimentar e outra amanhã, sempre se está em condições de, a qualquer momento, retomar o exercício do direito e de exigir alimentos dos parentes que os devem”.

O art. 1.707 é decisivo no tocante à irrenunciabilidade e indisponibilidade: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

(...)

De modo que sem valor a cláusula a respeito da renúncia.”

(Direito de Família, Arnaldo Rizzardo, 10ª ed., 2019, Rio de Janeiro, Forense, pp. 668/669)

Ainda, é forçoso reconhecer que o alimentante em tal cenário permanece em situação cômoda e, de certa forma, blindado pela lei e pelos princípios atualmente em vigor. Isso porque, com base nas normas relativas à autonomia da vontade e à coisa julgada, mantém o pagamento de pensão abaixo daquela que poderia ter sido fixada em favor do filho, incumbindo à mãe o esforço de buscar novamente judicialmente uma solução, demonstrando as alterações de situação na vida de seu filho ou do alimentante e deduzindo-as em Juízo. Ademais, o genitor também não se esforça por tentar obter mais recursos, de modo a melhorar a vida de seus filhos, e muitas vezes, em virtude da informalidade, é absolutamente impossível demonstrar de modo satisfatório qualquer melhora nas condições de vida do alimentante.

5. Atento a todas essas considerações, há entendimento doutrinário a corroborar o entendimento acima. Nesse sentido, ensina Maria Berenice Dias:

“A revisão dos alimentos é possível sempre que houver afronta ao princípio da proporcionalidade, quer porque houve alteração nas condições de qualquer das partes, quer porque esse princípio foi desatendido por ocasião da fixação dos alimentos (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: RT, 2011, pag. 584)

Observa-se que a autora entende que é cabível a revisão de alimentos quando a proporcionalidade não foi observada no momento da fixação dos alimentos. Aproveitando-se de sua visão, é certo concluir que a proporcionalidade não é respeitada se sequer o mínimo foi observado na fixação deles. Oportuno também destacar que o que agora se busca não chega nem a ser a aplicação da proporcionalidade, mas antes a aplicação de um mínimo.

6. Deve-se lembrar, aliás, que mesmo o valor que está sendo pleiteado agora – ____%, seja dos rendimentos líquidos e ____% do salário mínimo, conforme haja ou não vínculo empregatício formal – já é claramente insuficiente para os gastos do alimentando e, em especial, de uma criança ou adolescente. Contudo, é o valor mínimo que se encontra consagrado na prática dos Tribunais para casos

como o do Requerente, impondo-se assim que ao menos para referido patamar os alimentos sejam majorados.

7. Por todo o exposto, é forçoso reconhecer que os requisitos do art. 1.699, CC, devem ser flexibilizados, em caráter absoluto, permitindo-se a revisão de alimentos dos alimentos para os patamares ora pleiteados.
8. De outro lado, e ainda que não se entenda de acordo com as considerações trazidas até agora, veja-se que, pelas mesmas razões expostas, os requisitos do art. 1.699, CC, devem ser ao menos flexibilidades e que, nesse sentido, houve alteração na situação do Requerente apta a embasar a revisão dos alimentos.

O artigo 1.699 do Código Civil prevê a modificação dos alimentos fixados em juízo nos casos em que houver mudança na situação financeira do alimentante ou do alimentando, senão vejamos.

“Art. 1699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

A obrigação alimentar deve se pautar no princípio da proporcionalidade, ou seja, deve atender às necessidades do alimentando e às possibilidades do alimentante, conforme preceitua o artigo 1.694, §1 do Código Civil:

“Art. 1694, § 1. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Havendo alteração da situação fática que embasou a obrigação anteriormente imposta, surge uma afronta ao princípio da proporcionalidade, o que enseja a revisão dos valores, seja para majorar, seja para reduzir a prestação alimentar.

É esse o entendimento da doutrina, senão vejamos:

“Pode acontecer, e ocorre com frequência, que uma alteração nas circunstâncias em que se fixou o montante dos alimentos provoque um desequilíbrio entre os termos da equação de proporcionalidade. O montante dos alimentos - que é fixado por convenção ou por sentença - é sempre provisório e suscetível de revisão pelo juiz, porque as necessidades do alimentando e os recursos do obrigado podem sofrer alterações. A obrigação de alimentos está sujeita, portanto, as variações e deve adaptar-se à evolução das condições econômicas do credor e do devedor (art. 401 do CCB). Estes têm direito à revisão alimentar. Isto significa que o montante da prestação de alimentos se conserva inalterada até posterior determinação judicial.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Direito de Família (Direito Patrimonial); Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor; 1990).

Assim, levando-se em consideração a alteração na situação fática das partes, bem como a necessidade de aplicar o art. 1.699, CC, de forma coerente com a garantia de valor adequado ao alimentante, mostra-se imprescindível o reajuste do valor também por tais fundamentos, de acordo com uma nova equação necessidade-possibilidade-proporcionalidade-mínimo.

V. DA LIMINAR

Presentes os requisitos necessários, é caso de deferir a liminar para desde logo rever os alimentos para os valores que estão sendo pleiteados em caráter definitivos.

Com efeito, a fundamentação deixa evidente o direito que assiste a parte, o que configura o *fumus boni iuris*. De outro, em se tratando de verba alimentar, e de caráter mínimo, é patente o *periculum in mora*, visto que o alimentado encontra-se sem recursos suficientes para si, com nítidos e concretos prejuízos.

Assim, requer-se a concessão da liminar.

VI. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss. do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. A oitiva do Ilustre representante do Ministério Público;
- d. O deferimento da tutela antecipada, para desde logo majorar os alimentos, nos termos do pedido definitivo;
- e. A citação do réu para comparecer à audiência multidisciplinar de conciliação e mediação prevista no artigo 695 do Código de Processo Civil;
- f. Ao final, seja julgado procedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas, para majorar os alimentos atualmente fixados em favor do Requerente:
 - f.1. ao valor de ____ (____ **por cento**) dos vencimentos líquidos, incidindo sobre férias, 13º salário, horas extras, gratificações, adicionais e verbas rescisórias, devendo o pagamento ser realizado mediante desconto em folha e depósito na conta da mãe da requerente, no dia do pagamento do salário (Banco, Agência, Conta – tipo e número –, Titular –);
 - f.2. e, **em caso de desemprego ou trabalho sem vínculo empregatício**, no importe de ____% (____ **por cento**) do salário mínimo nacional, devendo o pagamento ser realizado por depósito, na conta informada acima, todo dia 10 de cada mês.

- g. A condenação do requerido ao pagamento das verbas de sucumbência, que serão destinadas ao FUNDEPE - Fundo Especial de Despesa da Escola da Defensoria Pública do Estado (LCF nº 80/94, artigo 4º, inciso XXI e Lei Estadual nº 12.793/08)

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Atribui-se à causa o valor de _____

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link: [https://docs.google.com/document/d/1zChq1J0RzapXAeWdRac6nKy5D5GMGJ4P/edit?usp=drive link&oid=115019996093303104303&rtpof=true&sd=true](https://docs.google.com/document/d/1zChq1J0RzapXAeWdRac6nKy5D5GMGJ4P/edit?usp=drive_link&oid=115019996093303104303&rtpof=true&sd=true)

INFÂNCIA E JUVENTUDE

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A etapa inicial do procedimento de suspensão ou destituição do poder familiar deve contar com audiência inicial de estudo diagnóstico.*

ASSUNTO

Audiência inicial de estudo diagnóstico em casos de suspensão e/ou destituição do poder familiar.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

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;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, que os reconhece enquanto sujeitos de direitos, os quais devem ter sua peculiar condição de desenvolvimento respeitada, assegurando assim o seu melhor interesse e a sua absoluta prioridade, em especial por meio do artigo 227. A doutrina da proteção integral assegura à criança não só os direitos fundamentais conferidos a todos os cidadãos, mas também aqueles que atentam às especificidades da infância e adolescência. Ainda, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente procura dar efetividade ao preceito constitucional, detalhando o cerne da regra da prioridade absoluta: crianças e adolescentes devem estar em primeiro lugar na proteção, no atendimento e serviços, nas políticas e nos orçamentos públicos.

Isto posto, dada a gravidade da medida de suspensão ou destituição do poder familiar, bem como do seu potencial de violação do artigo 100, inciso X, do ECA - “na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva” - diversas normas e diretrizes brasileiras apontam no sentido de ser necessária uma regulamentação de seus procedimentos, para que o melhor interesse da criança seja de fato garantido. Em tais procedimentos, é essencial a participação das famílias envolvidas, de equipes interdisciplinares de atendimento e do sistema de justiça. Nesse sentido, a obrigatoriedade de designação de audiência inicial de estudo diagnóstico, logo na etapa inicial do processo de suspensão ou destituição, é imprescindível, conforme assevera artigo “O procedimento especial para controle das restrições ao direito à convivência familiar e comunitária: uma omissão inconstitucional”, publicado nos Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

A fim de prevenir a reprodução de históricas violências que podem ocorrer com o afastamento da criança de sua família e de se respeitar os princípios da atualidade, da intervenção precoce e da brevidade, a audiência deve ser realizada com urgência, como medida prioritária quando da propositura da ação ou do acolhimento emergencial.

Do ponto de vista processual, essa medida vai de encontro a dois aspectos contidos no Código de Processo Civil, tanto cumprindo papel de audiência de justificação prévia qualificada (artigo 300 §2º do CPC), quanto de espécie de audiência de conciliação, podendo prever a negociação de alguns pontos procedimentais (artigo 190 do CPC).

As “Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes”, aprovadas pela Resolução Conjunta n. 1, de 18 de junho de 2009 do CONANDA e CNAS, indicam:

“o afastamento da criança ou do adolescente da sua família de origem deve advir de uma recomendação técnica, a partir de um estudo diagnóstico, caso a caso, preferencialmente realizado por equipe interdisciplinar de instituição pública [...] em estreita articulação com a Justiça da Infância e da Juventude e o Ministério Público, de forma a subsidiar tal decisão. [...] a decisão pelo afastamento do convívio familiar é extremamente séria e terá profundas implicações, tanto para a criança, quanto para a família. Portanto, deve ser aplicada apenas quando representar o melhor interesse da criança ou do adolescente e o menor prejuízo ao seu processo de desenvolvimento.”

Em síntese, a realização de audiência inicial de estudo diagnóstico na etapa inicial dos processos de suspensão ou destituição de poder familiar contempla as normativas mencionadas, reforçando o diálogo intersetorial e ensejando soluções mais adequadas para cada caso concreto.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança dispõe, em seu artigo 9º, que os Estados devem garantir que crianças e adolescentes não sejam separados de seus pais contra a vontade destes, salvo quando tal separação seja necessária tendo em vista o melhor interesse da criança, e mediante determinação das autoridades competentes, sujeita a revisão judicial, e em conformidade com a lei e procedimentos legais.

A disposição vai de encontro ao artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que consagra o direito à convivência familiar, conferindo caráter excepcional à possibilidade de destituição. Estes dispositivos resultam da ocorrência histórica de casos de suspensão ou destituição de poder familiar violentos e inadequados às necessidades e ao melhor interesse das crianças em questão. Falta, contudo, o estabelecimento de procedimentos que possibilitem a identificação ou não destes problemas antes que a medida seja adotada, ou logo em seguida nos casos de acolhimento emergencial.

A ausência de uma audiência inicial intersetorial de diagnóstico nos processos enseja decisões sem a adequada escuta da rede de proteção social e violadoras dos direitos das crianças, em especial do direito à convivência familiar.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Considerando a importância material e processual do diálogo intersetorial nos casos de suspensão ou destituição de poder familiar, bem como a gravidade da medida para as crianças e famílias, sugere-se que seja estabelecida a obrigatoriedade de designação de audiência inicial de estudo diagnóstico antes da separação da criança ou adolescente da família, ou imediatamente após, nos casos de acolhimento emergencial.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOVER.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA VARA DO FORO REGIONAL DE... DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

XX

XX

XX

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

.....

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito,
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

INFÂNCIA E JUVENTUDE

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *É ilegal e abusivo o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes para direcionamento de publicidade.*

ASSUNTO

Proteção de dados de crianças e adolescentes.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

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;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER)

Ampliação das hipóteses previstas no comunicado de novembro de 2021 sobre “Fluxo para atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência” para abarcar demais violações de direitos e bens jurídicos de crianças e adolescentes.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, inciso LXXIX o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive no meio digital. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) define que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes somente pode ocorrer em seu melhor interesse. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura em seu artigo 5º que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de exploração, punindo-se ações que atentem aos seus direitos fundamentais. Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, §2º proíbe a publicidade que explora a deficiência de julgamento e inexperiência da criança, devido ao seu peculiar estágio de desenvolvimento, norma complementada, ainda, pela Convenção nº 163/2014 que estende essa análise para o adolescente. Ainda, a Convenção sobre o Direito da Criança, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 9.077/1990, garante a proteção desses indivíduos contra a exploração econômica. Por isso, conclui-se que o tratamento de dados de crianças e adolescentes para o direcionamento de publicidade viola os seus direitos fundamentais e atenta contra o seu melhor interesse, vulnerando sua privacidade para finalidades que não privilegiam a sua condição de pessoa em desenvolvimento, sendo, assim, abusivo e ilegal.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Segundo a pesquisa TIC KIDS ONLINE de 2022, 86% das crianças e adolescentes de 9 a 17 anos do Brasil possuem perfis nas redes sociais. Ao integrarem o ambiente digital, crianças e adolescentes são expostos a modelos de negócios que podem violar os seus direitos, uma vez que muitas destas redes sociais ou plataformas digitais lucram com a exploração dos dados pessoais coletados de seus usuários, tratando-os para finalidades comerciais que podem afetar a privacidade, oportunidade, visão de mundo e o exercício de direitos pelos titulares.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Realização de estudos, grupos de trabalho e participação em demandas coletivas de proteção das crianças e adolescentes enquanto usuários da Internet e titulares de dados pessoais.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOVER.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ª VARA DO FORO REGIONAL DE.... DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

XX

XX

XX

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

.....

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito,
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - **MODELO DE PEÇA**

INFÂNCIA E JUVENTUDE

3. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *É ilegal o decreto de suspensão ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão da situação de rua da/o genitora e/ou família.*

ASSUNTO

Suspensão e/ou destituição do poder familiar de crianças cujas mães e/ou família estejam em situação de rua.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

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;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOVER)

Continuidade da atuação em prol da população em situação de rua.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente - rompendo definitivamente com o paradigma da situação irregular - os reconhecendo enquanto sujeitos de direito, que devem ter sua peculiar condição de desenvolvimento respeitada, assegurando, assim, o seu melhor interesse e a absoluta prioridade de seus direitos. Nesse sentido, o artigo 227 prevê: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Para viabilizar e trazer efetividade ao artigo 227, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu artigo 4º, parágrafo único, alíneas “b” e “c”, aponta que a garantia da absoluta prioridade compreende a “precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública” e a “preferência na formulação e na execução das políticas sociais ou de relevância pública”.

Por sua vez, o direito à convivência familiar encontra garantia no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo que: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. O dispositivo consagra a prioridade pela manutenção do vínculo familiar nas discussões de destituição do poder familiar, reservando à excepcionalidade essa possibilidade. Ainda, em seu artigo 23 aponta que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar”. A pobreza, portanto, bem como seus frequentes desdobramentos em dificuldades e violências cotidianas, não é suficiente para justificar a destituição do poder familiar.

Ainda, a Nota Técnica nº 001 de 2016, em que o Ministério da Saúde e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome definem “diretrizes e fluxograma para a atenção integral à saúde das mulheres e das adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos”[1], nas quais é promovida a autonomia das mães, o acompanhamento das redes de atendimento e uma análise minuciosa nos casos de possibilidade de suspensão ou destituição do poder familiar.

Inclusive, tese semelhante já foi acolhida pela Defensoria Pública em relação ao uso de drogas: “A Lei nº 13.257/16 (marco legal da primeira infância), ao suprimir a locução ‘em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes’ da redação original do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou uma proibição jurídica *prima facie* para o acolhimento institucional e/ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão do uso de drogas pelos genitores” (Tese 122).

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Em que pese a existência desses marcos normativos, o relatório de pesquisa Primeira Infância e Maternidade nas ruas da cidade de São Paulo (Gomes *et al.*, 2017) [3], produzido pela Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama (CDHLG) em parceria com o Instituto Alana, constatou que o *modus operandi* do Poder Judiciário nos casos de mães em situação de rua é justamente decidir pela destituição do poder familiar, em detrimento da absoluta prioridade de crianças e adolescentes à convivência familiar, com base em estigmas sociais e à revelia do entendimento das redes de atendimento próximas a estas mulheres. Ainda, a partir do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/16), foi suprimido do ECA trecho que previa que crianças precisariam estar livres do convívio de pessoas que fizessem uso de drogas, buscando superar a visão estigmatizante na legislação, mas não alcançando o imaginário e prática dos magistrados e magistradas. Por tais motivos, destaca-se o fenômeno da destituição judicial do poder familiar de crianças e adolescentes em situação de rua, como mais uma forma de violência que atinge tal público.

A heterogeneidade da população em situação de rua, com suas formas específicas de viver e sobreviver, nem sempre encontra lastro no sujeito de direito padronizado do ordenamento brasileiro e seus moldes legais. Exemplo disso são as disputas em torno do conceito de família, base conceitual por trás das decisões judiciais que retiram das mães, pais ou cuidadores, e também das crianças ou adolescentes, o direito à convivência familiar. Nessas situações, o Judiciário tende a contrapor o chamado melhor interesse da criança à condição de vulnerabilidade das mães em situação de rua, estas tratadas como um risco sob o ponto de vista do padrão social contido no imaginário social: “A prática nas redes de atendimento e proteção e mesmo no judiciário, tem mostrado que as famílias, em especial as mães, são vistas como violadoras dos direitos das crianças, grosso modo, por serem usuárias de drogas e/ou estarem em situação de rua. A solução seria, nessa perspectiva, o afastamento de genitoras e bebês para a proteção do melhor interesse das crianças. Contudo, essa construção vai contra o ordenamento jurídico brasileiro, e tem como substrato a polarização de direitos que, sob o prisma deste relatório, não deveria existir” (Gomes *et al.*, 2017, p. 75).

A complexidade da situação de rua exige um atendimento intersetorial a fim de identificar as dificuldades específicas de cada caso e encaminhá-los de maneira adequada e não violadora de direitos. No caso das mulheres em situação de rua de São Paulo, a rede de atendimento é composta pela Defensoria Pública e uma série de entidades de saúde e assistência social. Na pesquisa apontada, constatou-se que, em muitos casos de decisão judicial pela destituição, os profissionais da rede socioassistencial, os quais de fato tinham proximidade das famílias julgadas, não consideravam necessária a medida. E que, muitas vezes, o Judiciário decidiu pela destituição exclusivamente em razão da condição de precariedade em que a mãe vivia: “Desta maneira, ao longo desta pesquisa, escutamos narrativas de mulheres que, vulnerabilizadas e sem acesso a direitos, por diversos motivos e, dentre eles a falta de estrutura das políticas públicas intersetoriais, perdem a guarda e o poder familiar de suas famílias justamente em razão desta precariedade. Em muitos dos casos narrados não houve a prática de nenhum tipo de violência ou negligência para

com a criança mas, sim, tão somente, seu nascimento no contexto de precariedade que é o que vive sua mãe.” (Gomes *et. al*, 2017, p. 91). O que ocorre, com isso, é a consolidação de uma prática arbitrária de destituição de poder familiar que viola o direito à convivência familiar.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Em suma, considerando a situação de rua enquanto manifestação de pobreza não necessariamente relacionada ao uso de drogas ou a quaisquer maus tratos por parte dos genitores, bem como a prioridade da manutenção do vínculo familiar conferida pelo ECA, **sugere-se a defesa em juízo e no debate público da tese de que é ilegal o decreto de suspensão ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão da situação de rua dos genitores.**

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOVER.

Embora os dados apontem que a população em situação de rua é formada, em sua maioria, por homens, as mulheres, mães, cuidadoras que se encontram em situação de rua, para além de toda a vulnerabilização vivida, possuem seus direitos sexuais e reprodutivos e o próprio direito a exercer a maternidade violado. Além disso, há também a necessidade de um recorte racial, tendo em vista, tomando a cidade de São Paulo como exemplo, dado seu censo realizado em 2021, pretos e pardos somam 70,8% da população em situação de rua na cidade.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA**AO JUÍZO DA VARA DO FORO REGIONAL DE... DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO***Ementa da petição:*

XX

XX

XX

Autos nº*Ação de....*

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyy, residente e domiciliado/a na Rua yyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

.....

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito,
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - **MODELO DE PEÇA**

INFÂNCIA E JUVENTUDE

4. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A Defensoria Pública pode atuar na defesa do interesse de criança ou adolescente que desenvolva trabalho infantil artístico, inclusive no ambiente digital, atuando de modo integrado ao Ministério Público Estadual e Ministério Público do Trabalho, para a prevalência de seu melhor interesse.*

ASSUNTO

Trabalho infantil artístico.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Item 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;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER)

Ampliação das hipóteses previstas no comunicado de novembro de 2021 sobre “Fluxo para atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência” para abarcar demais violações de direitos e bens jurídicos de crianças e adolescentes.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Doutrina da Proteção Integral inaugurada pelo Artigo 227 da Constituição Federal garante que é responsabilidade compartilhada entre Estado, família e sociedade a defesa e salvaguarda dos direitos de crianças e adolescentes, com prioridade absoluta. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, determina que é dever, inclusive do poder público, assegurar a efetivação do direito da criança à profissionalização, assim como à dignidade, respeito e saúde. Também em seu artigo 70-A, inciso II aponta o dever compartilhado entre todos na prevenção de ocorrências de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente e a integração do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, bem como outras entidades que atuam na defesa dos direitos da criança e do adolescente.

O artigo 149, inciso II, alínea “a” do Estatuto da Criança e do Adolescente, em harmonia com a recepção da Convenção nº 182 da OIT pelo Decreto nº 10.088/2019, implementa a exigência de alvará ou autorização judicial para a realização, por crianças e adolescentes, de atividade de trabalho artístico. Para tanto, o Conselho Nacional de Justiça emitiu, em 2022, a Recomendação de nº 139, que instrui os magistrados que atuam em processos de autorização ou alvará judicial. Dentre as recomendações, consta a atuação em rede junto ao Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Estadual, Conselho Tutelar, Secretaria de Educação ou assistência social, dentre outros, portanto, garantindo a atuação em linha com o Sistema de Direitos da Criança e do Adolescente.

De modo semelhante, a Recomendação nº 98 de 2023 do Conselho Nacional do Ministério Público aborda a necessária atuação do membro do Ministério Público Estadual em rede, nos processos de concessão de alvará ou autorização judicial, especialmente quando existem interesses econômicos subjacentes à atividade artística.

Por isso, considerando a competência constitucional garantida à Defensoria Pública para atuação na defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, o dever compartilhado pela proteção das crianças e adolescente e a necessária atuação em rede na temática do trabalho infantil artístico, conclui-se que a defensoria pública é competente para atuar na defesa

do interesse de crianças e adolescentes que desempenham atividade de trabalho infantil artístico, especialmente quando o seu interesse possa colidir com interesses de terceiros e/ou de seus responsáveis.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

O trabalho infantil artístico, enquanto exceção à proibição de trabalho infantil, somente pode ser desempenhado no melhor interesse da criança ou do adolescente, prevalecendo em detrimento de qualquer outro interesse, inclusive de seus responsáveis. Considerando a possibilidade da existência de conflitos entre a criança ou adolescente que desempenha trabalho infantil artístico e seus genitores ou responsáveis, essencial a atuação do defensor público para garantir a participação efetiva da criança ou adolescente, fazendo valer o seu interesse, anuência e opinião, quando aplicável.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Participação de defensores públicos em processos de concessão de alvará ou autorização judicial para desempenho de trabalho infantil artístico por crianças ou adolescentes e em processos de fiscalização da execução da atividade pelo Ministério Público Estadual ou Ministério Público do Trabalho.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ^a VARA DO FORO REGIONAL DE.... DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

XX

XX

XX

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyy, residente e domiciliado/a na Rua yyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de criança/adolescente desenvolvendo trabalho infantil artístico em _____, pelo período de _____...

O trabalho infantil artístico, enquanto exceção à proibição de trabalho infantil, **somente pode ser desempenhado no melhor interesse da criança ou do adolescente, prevalecendo em detrimento de qualquer outro interesse, inclusive de seus responsáveis.** Considerando a possibilidade da existência de conflitos entre a criança ou adolescente que desempenha trabalho infantil artístico e seus genitores ou responsáveis, essencial a atuação do "Defensor da Criança", **que garanta a participação efetiva deste indivíduo vulnerável, fazendo valer o seu interesse, anuência e opinião, quando aplicável.**

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

A Doutrina da Proteção Integral inaugurada pelo Artigo 227 da Constituição Federal garante que é responsabilidade compartilhada entre Estado, família e sociedade a defesa e salvaguarda dos direitos de crianças e adolescentes, com prioridade absoluta. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, determina que é dever, inclusive do poder público, assegurar a efetivação do direito da criança à profissionalização, assim como à dignidade, respeito e saúde. Também em seu artigo 70-A, inciso II aponta o dever compartilhado entre todos na prevenção de ocorrências de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente e a integração do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, bem como outras entidades que atuam na defesa dos direitos da criança e do adolescente.

O artigo 149, inciso II, alínea “a” do Estatuto da Criança e do Adolescente, em harmonia com a recepção da Convenção nº 182 da OIT pelo Decreto nº 10.088/2019, implementa a exigência de alvará ou autorização judicial para a realização, por crianças e adolescentes, de atividade de trabalho artístico. Para tanto, o Conselho Nacional de Justiça emitiu, em 2022, a Recomendação de nº 139, que instrui os magistrados que atuam em processos de autorização ou alvará judicial. Dentre as recomendações, consta a atuação em rede junto ao Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Estadual, Conselho Tutelar, Secretaria de Educação ou assistência social, dentre outros, portanto, garantindo a atuação em linha com o Sistema de Direitos da Criança e do Adolescente.

De modo semelhante, a Recomendação nº 98 de 2023 do Conselho Nacional do Ministério Público aborda a necessária atuação do membro do Ministério Público Estadual em rede, nos processos de concessão de alvará ou autorização judicial, especialmente quando existem interesses econômicos subjacentes à atividade artística.

Por isso, considerando a competência constitucional garantida à Defensoria Pública para atuação na defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, o dever compartilhado pela proteção das crianças e adolescente e a necessária atuação em rede na temática do trabalho infantil artístico, conclui-se que a defensoria pública é competente para atuar na defesa do interesse de crianças e adolescentes que desempenham atividade de trabalho infantil artístico, especialmente quando o seu interesse possa colidir com interesses de terceiros e/ou de seus responsáveis.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito,
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - **MODELO DE PEÇA**

INFÂNCIA E JUVENTUDE

5. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Adolescentes aos/às quais se atribui a prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas (com ou sem associação) devem ser isentos de responsabilização infracional, uma vez que, em obediência às normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especialmente à Convenção nº 182, esta é uma das piores formas de trabalho infantil, contexto no qual os/as adolescentes são vítimas, não autores/as. Para tanto, deverão ser perseguidas medidas de proteção, as quais estão previstas no art. 101 da Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).*

ASSUNTO

Tráfico de drogas como trabalho infantil

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Artigo 5º, inciso III e inciso VI, i) da Lei Complementar Estadual n. 988/06

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER)

Proposta 5.1 do Plano de Atuação 2022/2023, aprovado durante o VIII Ciclo de Conferências: “Atuar para a implantação de infraestrutura de fornecimento de água, energia elétrica e coleta de esgoto (saneamento básico) para todos os núcleos urbanos informais.”

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Brasil através do Decreto Lei nº 3.597/2000 - mais tarde substituído pelo Decreto nº 10.088, de 2019 -, considera a utilização, recrutamento e oferta de crianças para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes como uma das piores formas de trabalho infantil, que vulnerabiliza ainda mais uma parcela específica da população.

Vale mencionar que o ECA considera, em seu art. 103, o ato infracional como a conduta análoga à crime ou contravenção penal e a Lei Federal nº 11.343/06 criminaliza a produção e o tráfico de entorpecentes, entre outras condutas. Em vista disso, muitos/as adolescentes são responsabilizados/as pela prática do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Para além da responsabilização estar em desacordo com a normativa internacional (Convenção nº 182 da OIT) – que tem força vinculante, já que considerada norma supraconstitucional (RExt nº 466.343-1/SP) – a seleção de uma clientela específica de adolescentes que praticam atos considerados infracionais de tráfico de drogas vulnerabiliza ainda mais esta parcela específica da população.

Ademais, desde a dogmática jurídica¹, também é possível perceber adolescentes em contexto de tráfico de drogas em duas situações distintas: situações de *autoria mediata*, nas quais figuram como instrumentos de autores, em regra, adultos; e demais situações de concurso de pessoas (coautoria/participação).

Em relação a casos de *autoria mediata*, em que o adolescente atua como instrumento a serviço de outrem (no caso, um adulto ou um adolescente mais velho, a depender da diferença de idades), deve-se, evidentemente, *prescindir de sua responsabilização infracional*. Roxin, por exemplo,

1 Nesse sentido, conferir, por todas e todos: RODRIGUES, Ellen. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 298-316; BARROS, Ana Carolina Albuquerque de. *Culpabilidade no Direito Penal Juvenil*. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. Dissertação de Mestrado, 2019, p.158-159; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no direito penal juvenil*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 232-236; _____. *Inimputáveis: menoridade e sofrimento psíquico no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 403-405.

embora reconheça que possa ser teoricamente possível que a criança ou adolescente eventualmente apresentem maturidade suficiente para entender o injusto do fato e agir conforme a este entendimento, aplica, nesta hipótese, seu princípio da responsabilidade e os exime de responsabilidade, por ausência de necessidade preventiva da pena².

Já nos *casos em que não se está diante de autoria mediata*, embora por outros argumentos, também se vislumbra uma *isenção de responsabilidade infracional*. O próprio ECA fornece o argumento: a partir da própria legislação, encontra-se o conhecido art. 244-B do ECA (“corrupção de menores”). Tal artigo constitui um delito associativo especial, e não sem razão: a lei pressupõe que crianças e adolescentes, por sua condição de desenvolvimento e maturidade, podem sofrer severos danos à formação de sua personalidade se se envolverem em delitos praticados por adultos. Se esta é a premissa do ordenamento, não parece razoável que, praticando, por exemplo, tráfico de drogas, um adulto e um adolescente sejam censurados em similar gravidade, cada qual a partir de sua justiça competente. A Justiça Juvenil deve considerar que nessas circunstâncias, a exigibilidade de atuação conforme ao Direito do/a adolescente é muito menor, sendo necessário se dispensar a responsabilização infracional.

Julgados: Ainda que a jurisprudência seja refratária a construções relacionadas à coculpabilidade, isso é, a apreensão de certa responsabilidade estatal em relação à imputação típica, há indicativo de adesão à tese acima exposta, como demonstram a (i) sentença proferida no procedimento nº 5073245-62.2021.8.21.0001³, na qual a magistrada julgou improcedente a representação ministerial para que fosse afastada a imposição de medida socioeducativa à adolescente acusado da prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, já que entende-se ser, o adolescente, **trabalhador infantil**.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Siro Darlan também tem sustentado em seus votos em seguidos procedimentos para que seja afastada a responsabilidade de adolescente a quem se atribui prática infracional análoga ao crime de tráfico de drogas, vez que a prática deve ser entendida como pior forma de trabalho infantil e que, conforme determina a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho, os países signatários deverão buscar a erradicação da atividade⁴. O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática no RHC 224.821, afirmou que “Sem dúvida, crianças e adolescentes envolvidos na atividade de tráfico de drogas são, em verdade, vítimas da criminalidade e da ineficiência do Estado, da família e da sociedade em protegê-los e assegurar-lhes os seus direitos fundamentais”⁵.

O entendimento é defendido no HC 202574 AgR, de relatoria do mesmo Ministro Edson Fachin (DJe 16.09.2021)⁶, o que demonstra a porosidade da tese à Corte Federal. Ainda, o tema do tráfico

2 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo II. Trad. de. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, José Maneul Paredes Castañon e Javier de Vicente Remesal. Civitas: Cizur Menor, 2014, p. 125-126.

3 Processo nº 5073245-62.2021.8.21.0001 (RS). Sobre a sentença, cf.: <https://www.correiobraziliense.com.br/brazil/2021/08/4945819-a-vida-e-loka-juiza-inicia-sentenca-sobre-trafico-de-drogas-com-poema.html>

4 Voto Siro Darlan, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-20/estado-responsavel-jovens-trafico-siro-arlan-votos>

5 STF, RHC 224.821/SP, relator Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 13.02.2023. Cf. em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355888493&ext=.pdf>

6 STF, HC 202574 AgR, Relator Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 16.09.2021. Cf.: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347799265&ext=.pdf>

de drogas como pior trabalho infantil também já foi objeto do Conselho Nacional de Justiça no “Manual de Incidência da Temática do Tráfico de Drogas como uma das Piores Formas de Trabalho Infantil”, que conclui ser necessária a utilização do arcabouço de normas internacionais para que o Judiciário se mobilize no sentido de promover compromissos assumidos diante da comunidade internacional na busca pela proteção integral de adolescentes explorados pelo mercado de drogas ilícitas⁷

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A grande maioria da clientela do sistema socioeducativo consiste em adolescentes do gênero masculino, entre 15 e 18 anos, pretos e pardos, representados pela prática de atos infracionais análogos aos crimes contra o patrimônio e aqueles relacionados à Lei de Drogas. De 1996 a 2016 tivemos um aumento de mais de 600% de adolescentes internados no Brasil⁸. Em São Paulo isso não é diferente. O último boletim estatístico da Fundação Casa, que data de 11/08/2023, informa que 40,13% dos adolescentes em privação de liberdade estão em cumprimento de internação em razão da prática de tráfico de drogas⁹. Ressalta-se que os/as adolescentes se encontram nessas bordas do mercado ilícito de drogas, compondo mais um conjunto de trabalhadores/as que se vinculam a essa atividade laboral para sobreviver e, muitas vezes, sustentar a família¹⁰. Por fim, menciona-se que a Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPE-RJ) aprovou tese institucional semelhante em 2015 no Congresso Nacional dos Defensores Públicos¹¹.

Destaca-se, ainda, que os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas encontram-se em seu segundo ou terceiro processo na Justiça Juvenil, considerando que os estados vem seguindo o previsto na Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça, que tem servido de justificativa para admitir a aplicação da internação mesmo não se tratando, necessariamente, de ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça.

7 Cf. Conselho Nacional de Justiça. Manual para incidência da temática do tráfico de drogas como uma das piores formas de trabalho infantil: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/12/manual-incidencia-tematica-traficode-drogas-como-uma-das-piores-formas-de-trabalho-infantil.pdf>

8 Levantamento Anual do Sinase de 2019.

9 Boletim Estatístico da Fundação CASA. Disponível em: <https://fundacaocasa.sp.gov.br/index.php/agosto-2023>

10 Para saber mais: GALDEANO, Ana Paula; ALMEIDA, Ronaldo (Coord.) **Tráfico de drogas entre as piores formas de trabalho infantil: mercados, famílias e rede de proteção social**. São Paulo: CEBRAP, 2018; MALVASI, Paulo Artur. **Interfaces da vida loka: Um estudo sobre jovens, tráfico de drogas e violência em São Paulo**. Tese (doutorado), Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, 2012; FELTRAN, Gabriel. Choque de ordens: drogas, dinheiro e regimes normativos em São Paulo. *Drogas, Saúde & Contemporaneidade*. BIS, Bol. **Inst. Saúde (Impr.)**; 18(1): 25-40, Jul. 2017.

11 Para saber mais: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/188-Cdedica-confira-modelo-de-habeas-corpus-arguindo-a-impossibilidade-de-aplicacao-de-qualquer-medida-socioeducativa>

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Agravo de Instrumento contra decisão que aceite a representação de adolescentes que pratiquem atos infracionais relacionados à lei de drogas - com ou sem associação. Apelação de sentença que julgue procedente representação do MPSP em desfavor de adolescente que pratique tráfico de drogas - com ou sem associação - e, em termos de litigância estratégica, continuar com recursos nas Cortes Superiores, além de impetração de Habeas Corpus para trancamento de ação, tudo com base no precedente do RExt nº 466.343-1/SP e na Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho e demais normativas internacionais sobre o tema.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOVER.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ___ª VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

XX

XX

XX

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da

justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

.....

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito,
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - **MODELO DE PEÇA**

CRIMINAL

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, não pode ser tipificada como associação criminosa, organização criminosa, ou crimes contra o patrimônio.*

ASSUNTO

Movimento social - criminalização - movimento por moradia – reforma agrária

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Lei 988/2006, Art. 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

I - prestar aos necessitados orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

II - informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais;

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça exara de maneira objetiva que a atuação de movimentos sociais não caracteriza crime contra o patrimônio. Isso, porque configuram luta por direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, além de expressão da cidadania própria do Estado Democrático de Direito: a pressão popular.

*HC - CONSTITUCIONAL - HABEAS CORPUS - LIMINAR - FIANÇA - REFORMA AGRÁRIA - MOVIMENTO SEM TERRA - Habeas corpus é ação constitucionalizada para preservar o direito de locomoção contra atual, ou iminente ilegalidade, ou abuso de poder (Const., art. 5º, LXVIII). Admissível a concessão de liminar. A provisional visa a atacar, com a possível presteza, conduta ilícita, a fim de resguardar o direito de liberdade. Fiança concedida pelo Superior Tribunal de Justiça não pode ser cassada por Juiz de Direito, ao fundamento de o Paciente haver praticado conduta incompatível com a situação jurídica a que estava submetido. Como executor do acórdão, deverá comunicar o fato ao Tribunal para os efeitos legais. Não o fazendo, preferindo expedir mandado de prisão, comete ilegalidade. Despacho do Relator, no Tribunal de Justiça, não fazendo cessar essa coação, por omissão, a ratifica. Caso e concessão de medida liminar. **Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando implantar programa constante na Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático.**"¹ (HC 5.574/SP, Relator Min. William Petterson. Relator Designado Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 08/04/97 pela 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça)*

1 HC 5.574/SP, Relator Min. William Petterson. Relator Designado Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 08/04/97 pela 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere especificamente ao crime de esbulho possessório, vale dizer que o crime é previsto no artigo 161 do Código Penal e é descrito como a invasão, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, **para o fim de esbulho possessório**.

O tipo penal exige um elemento volitivo para sua constituição - a invasão com o objetivo de tomar para si. Contudo, como é sabido, as ocupações promovidas por movimentos sociais têm objetivos muito claros de **lutar por direitos e pressionar o governo a implementar a reforma agrária ou conquistar moradia digna**. Nesse sentido, “a postulação da reforma agrária (...) **não pode ser confundida ou identificada com esbulho possessório ou alteração de limites. Não se volta para usurpar propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao direito.**”²

Vale notar também, em casos de ocupações de terras improdutivas, essa questão ganha outras nuances, já que podem ser entendidas de maneira direta à garantia do cumprimento da função social da propriedade. Além disso, sob uma perspectiva de sopesamento de direitos, é relevante ressaltar que a função social não deve ser entendida como uma limitação ao direito de propriedade, mas como uma condição de possibilidade de existência. “Quando se fala em função social, não se está fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade, que atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância. As transformações pelas quais passou o instituto da propriedade não se restringem ao esvaziamento dos poderes do proprietário ou à redução do volume do direito de propriedade, de acordo com as limitações legais. Se fosse assim, o conteúdo do direito de propriedade não teria sido alterado, passando a função social a ser apenas mais uma limitação. **A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício do direito de propriedade de ser absoluto. A função social é mais do que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade.**”³ Diante dessa perspectiva, não há que se falar em sopesamento entre o direito à propriedade e o direito de manifestação ou de cobrança da reforma agrária, em se tratando de terras improdutivas, pode se entender que o direito à propriedade sequer se constitui.

Ainda assim, sem que seja necessário entrar na discussão da condição de existência da propriedade, “a luta por novos direitos e pela efetivação de direitos já previstos é inerente à democracia, além de ser um imperativo decorrente da Constituição de 1988. Conforme seu artigo 3º, são objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, se esses são objetivos foram delineados pela Constituição de 1988, é precisamente porque a norma máxima do ordenamento jurídico brasileiro reconhece as profundas desigualdades e injustiças da realidade nacional, e que estabelece, na positivação desses desígnios, um programa de ação a ser perseguido pela sociedade e pelo Estado.

2 HC 5.574/SP, Relator Min. William Petterson. Relator Designado Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 08/04/97 pela 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça.

3 BERCOVICI, G. **Propriedade que descumpra função social não tem proteção constitucional**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/estado-economia-propriedade-nao-cumpra-funcao-social-nao-protecao-constitucional>>. Acesso em: 1 nov. 2023.

Por isso, a organização em movimentos sociais não apenas é lícita como desejável. São as articulações com propósitos reivindicatórios que permitem o avanço na concretização dos objetivos fundamentais previstos pelo próprio constituinte. O propósito dos movimentos sociais não é violar o Direito, mas, rigorosamente o contrário, fazê-lo valer.”⁴

Assim sendo, ocupações de terras não constituem crimes patrimoniais. Por um lado, e em se tratando do crime de esbulho possessório, não existe o objetivo de tomar para si. Ademais, de uma maneira mais ampla, é também possível questionar, no sopesamento de direitos, a própria constituição do direito de propriedade em casos de terras improdutivas, o que também corrobora a tese de que não há crime patrimonial configurado.

Lógica parecida pode ser aplicada a crimes de organização ou associação criminosa. O artigo 1º, § 1º da Lei 12.850/13 define organização criminosa como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com **objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais** cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Diante dos requisitos de: ter como (i) **finalidade** a obtenção de vantagem; e (ii) meio a **prática de infrações penais**, percebe-se a atuação de movimentos sociais se afasta por completo desse tipo. Como já exposto, movimentos sociais têm por objetivo a luta por direitos, no caso específico dos movimentos por terra e moradia, pelos direitos fundamentais de moradia digna e a garantia da reforma agrária. Além disso, o meio utilizado, tampouco pode ser entendido como infração penal, como exposto acima.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A Constituição de 1988 refletiu algumas das aspirações dos grupos sociais que pressionaram pela redemocratização, o que significou o reconhecimento da sua legitimidade política. No entanto, subsiste uma ideologia antidemocrática que reclama não apenas contra a atuação, mas até mesmo contra a existência dos movimentos sociais que promovem a reforma agrária e o direito à moradia.⁵

A manutenção das desigualdades e de sistemas de privilégio é de interesse daqueles que se beneficiam desse sistema e privilégios. Nesse sentido, qualquer um que questione esse sistema, é entendido como uma ameaça que precisa ser combatida. Assim, movimentos sociais comprometidos com a garantia de direitos fundamentais têm que enfrentar constantemente tentativas de desmoralização e desmobilização, sendo um instrumento comum para isso a indevida criminalização dos membros de ditos movimentos sociais.

Diante dessas tentativas de desmobilização, a lei e o poder judiciário são utilizados de forma a desbalancear o sopesamento de direitos fundamentais, favorecendo, de maneira inconstitucional

4 Manifesto: movimento social não é organização criminosa. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/manifesto-movimento-social-nao-e-organizacao-criminosa>>. Acesso em: 1 nov. 2023.

5 Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/4702/>>. Acesso em: 1 nov. 2023.

alguns direitos, como por exemplo o direito de propriedade, em detrimento de outros, como por exemplo o direito fundamental à moradia e a função social da propriedade.

Essas estratégias não se dão apenas no âmbito argumentativo constitucional. Outras esferas jurídicas são mobilizadas para que esse sistema de privilégios seja preservado, mesmo que às custas de violações sistemáticas de direitos fundamentais de grandes grupos de pessoas.

Nesse sentido, “nas últimas três décadas, no curso das lutas protagonizadas pelo Movimento Sem Terra em busca do cumprimento do direito constitucional à reforma agrária, a criminalização de seus integrantes foi um dado histórico sempre presente, sendo corriqueira, em todo o país, a instauração de procedimentos criminais, nos quais, de maneira injusta, sem a demonstração de autoria ou materialidade delitiva, trabalhadores se viram privados da liberdade e obrigados a responder a acusações da prática de crimes de formação de bando e quadrilha (atual associação criminosa, art. 288 do Código Penal), esbulho possessório, furto, dano, entre outros, além de alguns casos em que foram acusados da prática de crimes da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983).”⁶

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Aplicar a presente tese na defesa de integrantes de movimentos sociais que estão sendo processados criminalmente em decorrência de sua luta por moradia ou por terra.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOUVER.

6 AMBRÓSIO ÁLVARES, G. **A escalada da violência e da criminalização no meio rural brasileiro**. Disponível em: <<https://mst.org.br/2017/10/27/a-escalada-da-violencia-e-da-criminalizacao-no-meio-rural-brasileiro/>>.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ____ª VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

XX

XX

XX

Autos nº

Ação de Indenização

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyy, residente e domiciliado/a na Rua yyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça exara de maneira objetiva que a atuação de movimentos sociais não caracteriza crime contra o patrimônio. Isso, porque configuram luta por direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, além de expressão da cidadania própria do Estado Democrático de Direito, a pressão popular.

HC - CONSTITUCIONAL - HABEAS CORPUS - LIMINAR - FIANÇA - REFORMA AGRÁRIA - MOVIMENTO SEM TERRA - Habeas corpus é ação constitucionalizada para preservar o direito de locomoção contra atual, ou iminente ilegalidade, ou abuso de poder (Const., art. 5º, LXVIII). Admissível a concessão de liminar. A provisional visa a atacar, com a possível presteza, conduta ilícita, a fim de resguardar o direito de liberdade. Fiança concedida pelo Superior Tribunal de Justiça não pode ser casada por Juiz de Direito, ao fundamento de o Paciente haver praticado conduta incompatível com a situação jurídica a que estava submetido. Como executor do acórdão, deverá comunicar o fato ao Tribunal para os efeitos legais. Não o fazendo, preferindo expedir mandado de prisão, comete ilegalidade. Despacho do Relator, no Tribunal de Justiça, não fazendo cessar essa coação, por omissão, a ratifica. Caso e concessão de medida liminar. Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando implantar programa constante na Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático.”¹ (HC 5.574/SP, Relator Min. William Petterson. Relator Designado Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 08/04/97 pela 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça)

No que se refere especificamente ao crime de esbulho possessório, vale dizer que o crime é previsto no artigo 161 do Código Penal e é descrito como a invasão, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

O tipo penal exige um elemento volitivo para sua constituição - a ocupação com o objetivo de tomar para si. Contudo, como é sabido, as ocupações promovidas por movimentos sociais têm objetivos muito claros de lutar por direitos e pressionar o governo a implementar a reforma agrária. Nesse sentido, “a postulação da reforma agrária (...) não pode ser confundida ou identificada com esbulho possessório ou alteração de limites. Não se volta para usurpar propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao direito.”²

Vale notar também, em casos de ocupações de terras improdutivas, essa questão ganha outras nuances, já podem ser entendidas de maneira direta à garantia do cumprimento da função social da propriedade. Além disso, sob uma perspectiva de sopesamento de direitos, é relevante ressaltar que a função social não deve ser entendida como uma limitação ao direito de propriedade, mas como uma condição de possibilidade de existência. “Quando se fala em função social, não se está fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade, que atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância. As transformações pelas quais passou o instituto da propriedade não se restringem ao esvaziamento dos poderes do proprietário ou à redução do volume do direito de propriedade, de acordo com as limitações legais. Se fosse assim, o conteúdo do direito de propriedade não teria sido alterado, passando a função social a ser apenas mais uma limitação. A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício do direito de propriedade de ser absoluto. A função social é mais do que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade.”³ Diante dessa perspectiva, não há que se falar em sopesamento entre o direito à propriedade e o direito de manifestação ou de cobrança da reforma agrária, em se tratando de terras improdutivas, pode se entender que o direito à propriedade sequer se constitui.

Ainda assim, sem que seja necessário entrar na discussão da condição de existência da propriedade, “a luta por novos direitos e pela efetivação de direitos já previstos é inerente à democracia, além de ser um imperativo decorrente da Constituição de 1988. Conforme seu artigo 3º, são objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, se esses são objetivos, é precisamente porque a norma máxima do ordenamento jurídico brasileiro reconhece as profundas desigualdades e injustiças da realidade nacional, e que estabelece, na positivação desses desígnios, um programa de ação a ser perseguido pela sociedade e pelo Estado.

Por isso a organização em movimentos sociais não apenas é lícita como desejável. São as articulações com propósitos reivindicatórios que permitem o avanço na concretização dos objetivos fundamentais previstos pelo próprio constituinte. O propósito dos movimentos sociais não é violar o Direito, mas, rigorosamente o contrário, fazê-lo valer.”⁴

Assim sendo, ocupações de terras não constituem crimes patrimoniais. Por um lado, e em se tratando do crime de esbulho possessório, não existe o objetivo de tomar para si. Ademais, de uma maneira mais ampla, é também possível questionar, no sopesamento de direitos, a própria constituição do direito de propriedade em casos de terras improdutivas, o que também corrobora a tese de que não há crime patrimonial configurado.

Lógica parecida pode ser aplicada a crimes de organização ou associação criminosa. O artigo 1º, § 1º da Lei 12.850/13 define organização criminosa como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Diante dos requisitos de: ter como (i) finalidade a obtenção de vantagem; e (ii) meio a prática de infrações penais, percebe-se a atuação de movimentos sociais se afasta por completo desse tipo. Como já exposto, movimentos sociais tem por objetivo a luta por direitos, no caso específico dos movimentos por terra e moradia, pelos direitos fundamentais de moradia digna e a garantia da reforma agrária. Além disso, o meio utilizado, tampouco pode ser entendido como infração penal, como exposto acima.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

CRIMINAL

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: Para validade das abordagens policiais nos termos dos artigos 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal (busca pessoal), não constituem “fundada suspeita”: elementos subjetivos baseados na “desconfiança” ou “intuição” da autoridade policial; conceitos fluidos ou indeterminados; alegações que reflitam escolhas discriminatórias e uso de estereótipos; denúncias anônimas; considerações genéricas e desacompanhadas de fatos específicos sobre o abordado ou seu comportamento.

ASSUNTO

Abordagens policiais (área criminal)

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Art. 5º, incisos III, VII, X e XIII, da Lei Complementar 988/2006 do Estado de São Paulo.

- Representar em Juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;
- Atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de
- adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;
- Atuar nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Na legislação brasileira, a abordagem policial pode ser feita sem mandado judicial, desde que haja “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de uma arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito” (art. 244 do Código de Processo Penal).

Apesar de a busca pessoal ter por objetivo principal a obtenção de provas, as abordagens policiais são antes utilizadas como forma de policiamento ostensivo, distanciando-se da autorização legal. E isso ocorre porque a lei brasileira emprega termo que autoriza alto grau de subjetividade, desprovido de parâmetros concretos, legais ou jurisprudenciais. Apesar de valer-se da expressão “fundada suspeita” como limite à atuação policial na abordagem sem mandados judiciais, a norma não traz parâmetro algum sobre o que pode fundar e caracterizar tal suspeita.

Caberia então ao Poder Judiciário delimitar o que a legislação não definiu como fundada suspeita. No entanto, a jurisprudência não apresenta linha de entendimento sedimentada nesse assunto.

No Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência traz poucos resultados de pesquisa quando se busca por critérios objetivos que componham a suspeita para abordagem policial. Nessa Corte, mostra-se relevante a decisão proferida no HC 81.305, de 2012, no qual tentou-se buscar alguma definição ao apontar que a suspeita “*não pode fundar-se apenas em parâmetros subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa*” (STF, HC 81.350/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.11.2012). Mais recentemente, a Corte deu início à discussão sobre o perfilamento racial no momento das abordagens policiais, em julgamento que ainda não se encerrou (HC 208.240/SP).

No Superior Tribunal de Justiça também surgem algumas decisões que trataram do assunto das abordagens policiais/buscas pessoais e culminaram no reconhecimento da ilicitude da prova obtida.

Em abril de 2022, foi julgado o RHC 158.580/BA, no qual a 6ª Turma da Corte Superior entendeu não haver fundada suspeita que motivasse a abordagem policial que culminou na instauração de ação penal. No caso, policiais militares revistaram um homem pois ele apresentava “atitude suspeita” e encontraram em sua posse porções de maconha e cocaína, além de uma balança digital.

Sobre os requisitos dos artigos 240, § 2º, e 244 do Código de Processo Penal, o Ministro Relator destacou: *“Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a **existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto** – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papeis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência”*. Ainda sobre o material encontrado e a legalidade da prova, afirmou: *“o fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos – independentemente da quantidade – após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento ‘fundada suspeita’ seja aferido com base no que se tinha antes da diligência”*. (STJ, RHC 158.580/BA, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 28.4.2022, grifamos).

Mais recentemente, em agosto de 2023, a 6ª Turma da Corte Superior reconheceu a ilegalidade da busca pessoal, por entender não restar caracterizada “fundada suspeita” de que a pessoa abordada estaria na posse de drogas, objetos ou papeis que constituam corpo de delito. No caso, como destacado no acórdão, policiais abordaram e revistaram o alegado suspeito tão somente porque ele seria pessoa já conhecida pelo envolvimento em tráfico de drogas. No voto, o Ministro Relator destacou que o alegado conhecimento prévio de envolvimento em atividade de traficância *“não constitui fundamento apto a justificar revista pessoal”* e que *“sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida, deve ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova”* (STJ, HC 812.559/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato (Des. Convocado do TJDFT), DJe 18.8.2023).

Em outro julgado recente, a mesma 6ª Turma concluiu pela não configuração de fundada suspeita na situação em que *“o réu, ao avistar equipe policial, teria apresentado atitude suspeita, demonstrando nervosismo e levando os policiais a abordá-lo, quando então, em revista pessoal, foram localizadas, no interior do bolso da jaqueta, 01 (um) involucro plástico, contendo ‘maconha’ ‘cocaína’ ‘haxixe”*.

No voto, o E. Ministro Relator destacou: **“Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, quanto à realização de busca pessoal, o próprio § 2º do art. 240 do CPP consagra que é necessária a presença de fundada suspeita para que seja autorizada a medida invasiva, padecendo de razoabilidade e de concretude a abordagem de indivíduo tão somente por ser conhecido pelo prévio envolvimento delitivo e pelo subjetivo argumento de estar em ‘atitude suspeita’ (...). Se não amparada pela legislação, a revista pessoal, que foi realizada apenas com base em parâmetros subjetivos dos agentes policiais, sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, vislumbra-se a ilicitude da prova, e das dela decorrentes, nos termos do art. 157, caput, § 1º, do CPP”** (STJ, HC 830.071/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato (Des. Convocado do TJDFT), DJe 18.8.2023, grifamos).

Notem-se ainda outros precedentes que seguem a mesma linha (STJ, AgRg no HC 815.461/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Saldanha Palheiro, DJe 16.8.2023; STJ, AgRg no HC 760.558/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato (Des. Convocado do TJDFT), DJe 17.8.2023; STJ, HC 817.710/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato (Des. Convocado do TJDFT), DJe 18.8.2023); STJ, AgRg no HC 821.899/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 16.8.2023; STJ, AgRg no HC 804.669/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 23.6.2023).

Ocorre que tais precedentes do STF e do STJ não têm repercutido nos demais tribunais. Pesquisa semelhante realizada no banco de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo traz constatações preocupantes de violações à Constituição da República e à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Algumas decisões apontam que o termo “fundada suspeita” seria inteiramente subjetivo e consideraram lícita a sua indefinição – o que, por si só, viola o princípio da legalidade. Por exemplo, consideram que “a ‘fundada suspeita’ exigida pelo art. 244, do Código de Processo Penal, reflete conceito fluido e indeterminado” (TJSP, Apelação Criminal 0001024-06.2015.8.26.0530, Rel. Des. Marcelo Gordo, DJ 24.4.2018) ou exige-se “somente o elemento subjetivo que é a **desconfiança intuitiva** da autoridade policial” (TJSP, Apelação Criminal 0101898-47.2018.8.26.0050, Rel. Des. Damião Cogan, DJ 5.2.2019).

Ainda como “fundada suspeita”, os Tribunais também têm aceitado definições discriminatórias e chancelam abordagens realizadas em razão de “nervosismo”, “denúncia anônima” e local onde se encontravam os alvos da abordagem. De acordo com pesquisa realizada pelos alunos da FGV em conjunto com o IDDD no projeto “Prova Sob Suspeita”, nos acórdãos do TJ/SP, o requisito legal das buscas pessoais é entendido em situações de: denúncia anônima; nervosismo ou referência a suposto estado de ansiedade ou surpresa; suspeito conhecido pelos policiais como suposto autor de delitos; suspeito encontrado em local conhecido pela prática criminosa; suspeito que empreende fuga; suspeito que dispensa algum objeto no chão ao avistar os policiais; suspeito com conduta sugestiva de prática delitiva; suspeita genérica sem descrição fática; suspeito identificado por morador da área da ocorrência ou atividade identificada em monitoramento policial.

A dificuldade no estabelecimento de parâmetros concretos para a identificação de “fundada suspeita” também é tratada por estudiosos do tema das abordagens policiais. Aponta-se que, apesar da centralidade da ideia de “suspeição” para o desenvolvimento do labor policial, há entre os policiais substancial dificuldade para identificar critérios que orientam a suspeição¹.

Nesse cenário, é evidente a ilicitude do uso das abordagens policiais/buscas pessoais como ferramenta de policiamento ostensivo.

Isso porque as proteções do artigo 5º da Constituição brasileira contra ofensas à igualdade (inciso I), contra detenções arbitrárias (inciso LIV), contra violações à intimidade (inciso X) são completamente relativizadas em prol do funcionamento de um sistema de segurança pública irracional que permite abordagens ostensivas desamparadas em fundamentos concretos de suspeição criminosa. Ainda, a admissão da prova obtida mediante busca pessoal ilícita ofende a garantia de inadmissibilidade das provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI).

A Constituição, também em seu artigo 5º, confere ao princípio da legalidade posição primordial da proteção da liberdade individual contra o arbítrio do Estado. É na lei que as obrigações, dentre elas a de se submeter à abordagem policial sem mandado, se erigem. E o estado de coisas aqui descrito demonstra a profunda ausência de taxatividade sobre o tema da fundada suspeita.

1 (WANDERLEY, Gisela Aguiar. Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. 2017. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 91, disponível em: < <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24089>>, consulta em 11/03/2020

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos traz amplo rol de proteção à liberdade, estabelecendo que todas as pessoas têm “direito à liberdade e à segurança pessoal” (art. 7.1). Em complemento, o art. 7.2 estabelece que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.

Os Estados signatários da Convenção devem prever, em seus ordenamentos, as causas e condições específicas por meio das quais torna-se possível e justificável a restrição da liberdade de qualquer pessoa. Ao fim, isso também significa que a legislação do Estado signatário deve permitir ao cidadão que conheça previamente as situações nas quais é possível a restrição de liberdade, tornando-as previsíveis e, portanto, evitáveis. Para tanto, as legislações devem evitar conceitos amplos e indeterminados, os quais abrem grande margem para arbitrariedades. Afinal, a Convenção também estabeleceu que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (art. 7.3).

A previsão normativa vai muito além daquelas situações nas quais a restrição à liberdade ocorre à margem das causas e condições da legislação de cada Estado Parte. Ao contrário, a arbitrariedade a que se refere-se o artigo 7.3 da Convenção também é verificada quando o preceito legal é deturpado e invocado como forma de respaldar artificialmente uma atuação que, na realidade, consubstancia arbitrariedade. É o que ocorre nas abordagens policiais, diante das interpretações subjetivas e arbitrárias que vêm sendo aceitas para o termo legal “fundada suspeita” (CPP, arts. 240, § 2º, e 244).

O desrespeito à Constituição e à Convenção Interamericana é evidente. A legislação é ampla e imprecisa em relação às hipóteses de cabimento da abordagem policial, ao passo em que grande parte destas abordagens é realizada de forma arbitrária, incompatível com respeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

O conceito de “fundada suspeita” é igualmente indefinido. Impede assim a previsibilidade das hipóteses em que a abordagem policial é viável, circunstância que, por si só, contraria as previsões da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em especial aquelas de seu artigo 7.2.

O que pode ser considerado suspeito? Para agentes policiais acostumados a agir a partir de estereótipos formados dentro de uma história de violência e abuso estatal, a roupa, o aparente poder aquisitivo e nível social e, fundamentalmente, a cor da pele se transformam em suspeita capaz de justificar o afastamento de direitos e até a violência.

Mesmo assim, a abordagem e a busca pessoal são utilizadas amplamente, atingindo milhões de pessoas todos os anos. Mas se é assim, se a abordagem é um mecanismo necessário ao policiamento, então ela precisa estar de acordo com os princípios inerentes ao ser humano e não pode contar com o enorme grau de subjetividade que a caracteriza.

Pois hoje, a arbitrariedade das abordagens policiais revela inequívoca violação aos artigos 7.1, 7.2 e 7.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, também, aos seus artigos 11.1, 11.2 e 11.3, que dispõem sobre a “proteção da honra e dignidade”.

Prevê o artigo 11.2 que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada”, sendo certo, portanto, que o reconhecimento da arbitrariedade nas abordagens policiais gera, igualmente, a violação à honra e à dignidade daquele que dela é alvo. Assim como há violação à obrigação de que sejam garantidos a toda pessoa o devido processo legal (artigo 8) e os recursos judiciais para a revisão de atos que violem direitos previstos na Convenção (artigo 25).

De tais previsões extrai-se que qualquer ato praticado pelo Estado – incluindo-se as abordagens policiais – deve ser passível de controle judicial por meio do devido processo legal. Cabe ao Poder Judiciário rever as circunstâncias de cada restrição à liberdade em sua integralidade e não apenas a adequação formal da conduta a uma previsão legal imprecisa.

Assim, o modo como as abordagens policiais são tratadas tanto pela legislação como pelos juízes constrói um cenário ilegal, em evidente descompasso com variados preceitos constitucionais acima citados e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Por fim, vale destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em recente decisão proferida no caso *Fernandez Prieto & Tumbeiro vs. Argentina*, reconheceu a responsabilidade internacional do estado argentino pelas violações que sofreram as vítimas em razão de buscas pessoas desarrazoadas que culminaram em condenações criminais contra eles. A CtIDH estabeleceu a obrigatoriedade de se conferir taxatividade à legislação a respeito das buscas pessoais, definindo-se os critérios segundo os quais a suspeita pode ser considerada razoável. Trata-se de medida que se impõe por alteração da legislação, mas também das práticas policiais e judiciais, incluindo-se o Ministério Público e Poder Judiciário.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

No cotidiano das atividades de polícia, a problemática exposta sobre o termo legal “fundada suspeita” reflete ausência de regras em torno das abordagens policiais – que, como dito, acabam se tornando ferramenta de patrulhamento ostensivo, empregadas sem critérios lógicos e concretos e justificadas apenas em termos abstratos, quase sempre, discriminatórios.

Assim é que, na prática, essa ausência de regras ultrapassa a mera discussão da aplicação e interpretação da lei. Os problemas começam pela inexistência de registros e estatísticas públicas sobre as abordagens que sejam realizados de forma constante e obrigatória, de forma a dar margem à falta de fiscalização e à perpetuação do uso de estereótipos e escolhas discriminatórias.

Não obstante, algumas pesquisas já realizadas revelam quantidade impressionante de abordagens realizadas. Notem-se dados obtidos nas estatísticas da Secretaria de Estado de Segurança Pública de São Paulo: Em 2019, o número de abordagens policiais foi de 15.100.187 e o de prisões em flagrantes de 125.304, de forma que a razão entre as abordagens e flagrantes foi de 0,82%. Em 2020, contaram-se 11.961.706 abordagens realizadas e 104.081 flagrantes, com razão de 0,87% entre eles. Em 2021, houve 10.638.323 abordagens e 108.363 flagrantes, resultando na razão de 1,02%. Em 2022, apontam-se 9.827.983 abordagens e 103.801 flagrantes, com razão de 1,05%².

O número total de abordagens policiais, por si, mostra o exagero. Pegue-se o ano de 2019 como exemplo, porquanto a redução da circulação de pessoas durante a pandemia de Covid-19 há de justificar a redução no número de abordagens nos outros anos: é como se, em apenas um ano, cerca de 1/3 de toda a população do estado tivesse agido com algum tipo de “fundada suspeita”. Mas esses números também revelam a inadequação do meio (violento) escolhido pelo Estado como principal forma de atuação do combate ao crime. Em cerca de apenas 1% dos casos nesses

2 SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Estatísticas trimestrais. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Trimestrais.aspx>>, consulta em 29.8.2023

anos, a “fundada suspeita” foi confirmada e induziu prisão em flagrante. Nos outros 99% dos casos, de acordo com os dados disponíveis, a suspeita não era correta ou real³.

Além disso, a grande maioria das abordagens que efetivamente levam ao registro de uma ocorrência policial tem como capitulação crime relacionado à posse de entorpecentes e crimes patrimoniais como furto e roubo. Ao mesmo tempo, dois outros dados indiretos desenham realidade de grave discriminação: 71% da população carcerária do Brasil está presa exatamente por estes crimes e 58% desses presos são negros⁴.

Nesse passo, a ausência de regras e registros das abordagens acaba por fomentar o uso de estereótipos e escolhas discriminatórias. Embora as forças policiais costumeiramente neguem o viés discriminatório, na maioria das vezes, a fundada suspeita recai sobre um grupo social específico, caracterizado pelo modo de vestir, andar, faixa etária e localização periférica⁵.

Pesquisa realizada com policiais militares atuantes na Região Metropolitana da cidade do Recife/PE demonstrou que a maioria dos policiais (51,3% dos oficiais, 83,1% dos alunos do Curso de Formação de Oficiais e 67,9% dos alunos do Curso de Formação de Soldados) abordariam primeiro uma pessoa negra e, apenas na sequência, uma pessoa branca⁶.

A segunda edição da pesquisa Elemento Suspeito, conduzida pelo CESeC no Rio de Janeiro, demonstrou o direcionamento da suspeita pelos agentes de segurança pública sobre os corpos negros: das pessoas entrevistadas que sofreram abordagem policial, 50% foram submetidas à busca pessoal durante a última abordagem. Destas, 84% eram homens, 69% eram negros e 70% eram moradores de favelas e bairros de periferia⁷. O número de homens negros e periféricos abordados é muito superior à distribuição demográfica de negros no Rio de Janeiro, um excesso que não

3 Fonte: SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Estatísticas trimestrais. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Trimestrais.aspx>>, consulta em 29.8.2023. Reforça-se que estes dados foram extraídos a partir de números absolutos providos pelo Estado de São Paulo, que não traz transparência sobre os mecanismos pelos quais são recolhidos. Sabe-se que, no total de abordagens policiais, encontram-se abordagens e buscas em veículos automotores (blitz), abordagens em veículos de transporte coletivo e abordagens em transeuntes em via pública, e que estes dados são recolhidos a partir de mera declaração de policiais em serviço por meio de Relatório de Serviço Operacional dirigido a seus respectivos superiores. Tais relatórios, também considerados sigilosos, apuram somente o número total de abordagens. Não se sabe, contudo, a quantas pessoas-alvo se refere cada uma das abordagens, tampouco qualquer dado a respeito dos locais onde são realizadas, nem mesmo o perfil dos sujeitos abordados ou o objetivo do ato, ou quais delas de fato resultaram em prisão ou outras medidas relevantes em matéria administrativa ou criminal. Por isso, os números ora apresentados indicam estimativa e partem de presunção, obtida mediante a correlação entre o número total de abordagens e o número total de prisões em flagrante informados pelo Estado de São Paulo, sendo certo, portanto, que o número de flagrantes decorrentes de abordagens pode ainda ser inferior, já que há várias razões pelas quais uma prisão em flagrante pode ocorrer.

4 Conforme dados extraídos de: Infopen, dezembro/2019, relatório analítico, disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>>, consulta em 27.5.2020.

5 SINHORETTO *et al*, Jacqueline. Policiamento ostensivo e relações raciais: estudo comparado sobre formas contemporâneas de controle do crime, p. 133. Autografia. Edição do Kindle.

6 BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. In. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. Ano 2, ed. 3, jul/ago 2008, p. 141

7 RAMOS, Silvia et al. Negro trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022, p. 16, disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2022/02/CESEC_elementosuspeito_final-3.pdf>, acesso em 24/05/2022

configura desvio, mas a costumeira suspeita infundada adotada por autoridades policiais. Diante do exposto, é urgente a necessidade de análise das abordagens policiais com critérios lógicos e objetivos, para que de fato sejam coibidos abusos ilegais e anuladas as provas deles derivadas, sob pena de serem perpetuadas práticas inconstitucionais e discriminatórias praticadas em prol do policiamento ostensivo e em detrimento dos direitos e garantias individuais de milhões de pessoas, ano a ano.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Nos procedimentos em que o defensor público se deparar com situações nas quais o investigado ou acusado tenha sofrido abordagem policial e revista pessoal nos termos acima apontados (com amparo nos artigos 240, § 2º, e 244 do Código de Processo Penal), deverá pugnar pela nulidade da abordagem/busca pessoal e das provas derivadas, quer em sede policial, quer em sede judicial, com pedido de reconhecimento da ilicitude das provas e a consequente exclusão dos elementos de informação obtidos como aptos a subsidiar eventual decisão condenatória.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOVER.

Há perspectiva/enfoque de **raça** ligada à tese, na parte que pode ser resumida da seguinte forma:

Para a validade das abordagens policiais, nos termos dos artigos 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal (busca pessoal), não constituem “fundada suspeita”: alegações que reflitam escolhas discriminatórias ou uso de estereótipos baseados em elementos de raça, especialmente quando desacompanhadas de fatos específicos sobre o abordado ou seu comportamento.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA**AO JUÍZO DA ^a VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO***Ementa da petição:*

ABORDAGENS POLICIAIS. BUSCAS PESSOAIS. ILEGALIDADE. NOS TERMOS DOS ARTS. 240, § 2º, E 244 DO CPP, NÃO CONSTITUEM “FUNDADA SUSPEITA”: ELEMENTOS SUBJETIVOS BASEADOS EM DESCONFIANÇA OU INTUIÇÃO DO AGENTE POLICIAL; CONCEITOS FLUIDOS, INDETERMINADOS OU CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS DESACOMPANHADAS DE FATOS ESPECÍFICOS SOBRE O ABORDADO E SEU COMPORTAMENTO; ALEGAÇÕES QUE REFLITAM ESCOLHAS DISCRIMINATÓRIAS E USO DE ESTEREÓTIPOS; DENÚNCIAS ANÔNIMAS. NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO ATO E DAS PROVAS DERIVADAS.

Autos nº*Ação de...*

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

No cotidiano das atividades de polícia, a problemática exposta sobre o termo legal “fundada suspeita” reflete em verdadeira ausência de regras em torno das abordagens policiais – que, como se apontou, acabam tornando-se ferramenta de patrulhamento ostensivo, empregadas sem critérios lógicos e concretos e justificadas apenas em termos abstratos, quase sempre, discriminatórios.

Assim é que, na prática, essa ausência de regras ultrapassa a mera discussão da aplicação e interpretação da lei. Os problemas práticos começam pela inexistência de registros e estatísticas públicas sobre as abordagens que sejam realizados de forma constante e obrigatória, de forma a dar margem à falta de fiscalização e à perpetuação do uso de estereótipos e escolhas discriminatórias.

Não obstante, algumas pesquisas já realizadas revelam quantidade impressionante de abordagens realizadas. Notem-se dados obtidos nas estatísticas da Secretaria de Estado de Segurança Pública de São Paulo:

Em 2019, o número de abordagens policiais foi de 15.100.187 e o de prisões em flagrantes de 125.304, de forma que a razão entre as abordagens e flagrantes foi de 0,82%. Em 2020, contaram-se 11.961.706 abordagens realizadas e 104.081 flagrantes, com razão de 0,87% entre eles. Em 2021, houve 10.638.323 abordagens e 108.363 flagrantes, resultando na razão de 1,02%. Em 2022, apontam-se 9.827.983 abordagens e 103.801 flagrantes, com razão de 1,05% (Fonte: SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Estatísticas trimestrais. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Trimestrais.aspx>>, consulta em 29.8.2023).

O número total de abordagens policiais, por si, mostra o exagero. Pegue-se o ano de 2019 como exemplo, porquanto a redução da circulação de pessoas durante a pandemia de Covid-19 há de justificar a redução no número de abordagens nos outros anos: é como se, em apenas um ano, cerca de 1/3 de toda a população do estado tivesse agido com algum tipo de “fundada suspeita”. Mas esses números também revelam a inadequação do meio (violento) escolhido pelo Estado como principal forma de atuação do combate ao crime: em cerca de apenas 1% dos casos nesses anos, a “fundada suspeita” foi confirmada e induziu prisão em flagrante. Nos outros 99% dos casos, de acordo com os dados disponíveis, a suspeita não era correta ou real⁸.

Além disso, a grande maioria das abordagens que efetivamente levam ao registro de uma ocorrência policial tem como capitulação crime relacionado à posse de entorpecentes e crimes patrimoniais como furto e roubo. Ao mesmo tempo, dois outros dados indiretos desenharam realidade de grave discriminação: 71% da população carcerária do Brasil está presa exatamente por estes crimes e 58% desses presos são negros (conforme dados extraídos de: Infopen,

8 Fonte: SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Estatísticas trimestrais. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Trimestrais.aspx>>, consulta em 29.8.2023. Reforça-se que estes dados foram extraídos a partir de números absolutos providos pelo Estado de São Paulo, que não traz transparência sobre os mecanismos pelos quais são recolhidos. Sabe-se que, no total de abordagens policiais, encontram-se abordagens e buscas em veículos automotores (blitz), abordagens em veículos de transporte coletivo e abordagens em transeuntes em via pública, e que estes dados são recolhidos a partir de mera declaração de policiais em serviço por meio de Relatório de Serviço Operacional dirigido a seus respectivos superiores. Tais relatórios, também considerados sigilosos, apuram somente o número total de abordagens. Não se sabe, contudo, a quantas pessoas-alvo se refere cada uma das abordagens, tampouco qualquer dado a respeito dos locais onde são realizadas, nem mesmo o perfil dos sujeitos abordados ou o objetivo do ato, ou quais delas de fato resultaram em prisão ou outras medidas relevantes em matéria administrativa ou criminal. Por isso, os números ora apresentados indicam estimativa e partem de presunção, obtida mediante a correlação entre o número total de abordagens e o número total de prisões em flagrante informados pelo Estado de São Paulo, sendo certo, portanto, que o número de flagrantes decorrentes de abordagens pode ainda ser inferior, já que há várias razões pelas quais uma prisão em flagrante pode ocorrer.

dezembro/2019, relatório analítico, disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>>, consulta em 27.5.2020).

Nesse passo, a ausência de regras e registros das abordagens acaba por fomentar o uso de estereótipos e escolhas discriminatórias. Embora as forças policiais costumeiramente neguem o viés discriminatório, na maioria das vezes, a fundada suspeita recai sobre um grupo social específico, caracterizado pelo modo de vestir, andar, faixa etária e localização periférica (SINHORETTO *et al*, Jacqueline. Policiamento ostensivo e relações raciais: estudo comparado sobre formas contemporâneas de controle do crime, p. 133. Autografia. Edição do Kindle).

Pesquisa realizada com policiais militares atuantes na Região Metropolitana da cidade do Recife/PE demonstrou que a maioria dos policiais (51,3% dos oficiais, 83,1% dos alunos do Curso de Formação de Oficiais e 67,9% dos alunos do Curso de Formação de Soldados) abordariam primeiro uma pessoa negra e, apenas na sequência, uma pessoa branca (BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. In. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. Ano 2, ed. 3, jul/ago 2008, p. 141).

A segunda edição da pesquisa Elemento Suspeito, conduzida pelo CESeC no Rio de Janeiro, demonstrou o direcionamento da suspeita pelos agentes de segurança pública sobre os corpos negros: das pessoas entrevistadas que sofreram abordagem policial, 50% foram submetidas à busca pessoal durante a última abordagem. Destas, 84% eram homens, 69% eram negros e 70% eram moradores de favelas e bairros de periferia (RAMOS, Silvia et al. Negro trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022, p. 16, disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2022/02/CESEC_elementosuspeito_final-3.pdf>, acesso em 24/05/2022). O número de homens negros e periféricos abordados é muito superior à distribuição demográfica de negros no Rio de Janeiro, um excesso que não configura desvio, mas a costumeira suspeita infundada adotada por autoridades policiais.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

Os fatos e números acima colacionados só foram possíveis porque, na legislação brasileira, a abordagem policial pode ser feita sem mandado judicial, desde que haja “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de uma arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito” (art. 244 do Código de Processo Penal).

Como se sabe, a busca pessoal tem por objetivo principal a obtenção de provas. No entanto, na maioria dos casos, as abordagens policiais são antes utilizadas como forma de policiamento ostensivo. E isso ocorre porque a lei brasileira emprega termo que autoriza alto grau de subjetividade, desprovido de parâmetros concretos, legais ou jurisprudenciais. Apesar de valer-se da expressão “fundada suspeita” como limite à atuação policial na abordagem sem mandados judiciais, a norma não traz parâmetro algum sobre o que pode fundar e caracterizar a suspeita.

Dessa maneira, cabe ao Poder Judiciário delimitar o que a legislação não definiu como fundada suspeita. No entanto, a jurisprudência não apresenta linha de entendimento sedimentada nesse assunto.

No Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência traz poucos resultados de pesquisa quando se busca por critérios objetivos que componham a suspeita para abordagem policial. É relevante a decisão proferida no HC 81.305, de 2012, no qual tentou-se buscar alguma definição ao apontar que a suspeita “*não pode fundar-se apenas em parâmetros subjetivos, exigindo elementos*

concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa” (STF, HC 81.350/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.11.2012).

No Superior Tribunal de Justiça, destacam-se algumas decisões que trataram do assunto das abordagens policiais/buscas pessoais e culminaram com o reconhecimento da ilicitude da prova obtida.

No RHC 158.580/BA, em abril de 2022, a 6ª Turma da Corte Superior entendeu não haver fundada suspeita que motivasse a abordagem policial que culminou na instauração de ação penal. No caso, policiais militares revistaram um homem por entenderem que ele apresentava “atitude suspeita” e encontraram em sua posse porções de maconha e cocaína, além de uma balança digital.

Sobre os requisitos dos artigos 240, § 2º, e 244 do Código de Processo Penal, o Ministro Relator destacou: *“Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a **existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto** – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papeis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência”*. Ainda sobre o material encontrado e a legalidade da prova, afirmou: *“o fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos – independentemente da quantidade – após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento ‘fundada suspeita’ seja aferido com base no que se tinha antes da diligência”*. (STJ, RHC 158.580/BA, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti, DJe 28.4.2022, grifamos).

Mais recentemente, em agosto de 2023, a 6ª Turma da Corte Superior reconheceu a ilegalidade da busca pessoal, por entender não restar caracterizada “fundada suspeita” de que a pessoa abordada estaria na posse de drogas, objetos ou papeis que constituam corpo de delito. No caso, como destacado no acórdão, policiais abordaram e revistaram o alegado suspeito, tão somente porque ele seria pessoa já conhecida pelo envolvimento em tráfico de drogas. No voto, o Ministro Relator destacou que o alegado conhecimento prévio de envolvimento em atividade de traficância *“não constitui fundamento apto a justificar revista pessoal”* e que *“sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida, deve ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova”* (STJ, HC 812.559/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato (Des. Convocado do TJDF), DJe 18.8.2023).

Em outro julgado recente, a mesma 6ª Turma concluiu pela não configuração de fundada suspeita na situação em que *“o réu, ao avistar equipe policial, teria apresentado atitude suspeita, demonstrando nervosismo e levando os policiais a abordá-lo, quando então, em revista pessoal, foram localizadas, no interior do bolso da jaqueta, 01 (um) involucro plástico, contendo ‘maconha’ ‘cocaína’ ‘haxixe”*.

No voto, o E. Ministro Relator destacou: **“Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, quanto à realização de busca pessoal, o próprio § 2º do art. 240 do CPP consagra que é necessária a presença de fundada suspeita para que seja autorizada a medida invasiva, padecendo de razoabilidade e de concretude a abordagem de indivíduo tão somente por ser conhecido pelo prévio envolvimento delitivo e pelo subjetivo argumento de estar em ‘atitude suspeita’** (...). *Se não amparada pela legislação, a revista pessoal, que foi realizada apenas com base em parâmetros subjetivos dos agentes policiais, sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, vislumbra-se a ilicitude da prova, e das dela decorrentes, nos*

termos do art. 157, caput, § 1º, do CPP” (STJ, HC 830.071/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato (Des. Convocado do TJDFT), DJe 18.8.2023, grifamos).

Notem-se ainda outros precedentes que seguem a mesma linha (STJ, AgRg no HC 815.461/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Saldanha Palheiro, DJe 16.8.2023; STJ, AgRg no HC 760.558/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato (Des. Convocado do TJDFT), DJe 17.8.2023; STJ, HC 817.710/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato (Des. Convocado do TJDFT), DJe 18.8.2023); STJ, AgRg no HC 821.899/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 16.8.2023; STJ, AgRg no HC 804.669/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 23.6.2023).

Ocorre que tais precedentes do STF e do STJ não têm repercutido na atividade policial, que precisa ser revista. Muitos têm o dever de colocar freio nessa ilegalidade. Esse d. Juízo pode fazê-lo no caso concreto, reconhecendo a ilegalidade da abordagem e anulando o processo.

Afinal, a leniência do Poder Judiciário é claro elemento de incentivo a esse policiamento racista e, pois, injusto.

Pesquisa semelhante realizada no banco de acórdãos do E. Tribunal de Justiça de São Paulo traz constatações preocupantes de violações à Constituição da República e à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Algumas decisões apontam que o termo “fundada suspeita” seria inteiramente subjetivo e consideraram lícita a sua indefinição – o que, por si só, viola o princípio da legalidade. Por exemplo, consideram que “a ‘fundada suspeita’ exigida pelo art. 244, do Código de Processo Penal, reflete conceito fluido e indeterminado” (TJSP, Apelação Criminal 0001024-06.2015.8.26.0530, Rel. Des. Marcelo Gordo, DJ 24.4.2018) ou exige-se “somente o elemento subjetivo que é a desconfiança intuitiva da autoridade policial” (TJSP, Apelação Criminal 0101898-47.2018.8.26.0050, Rel. Des. Damião Cogan, DJ 5.2.2019).

Ainda como “fundada suspeita”, os Tribunais também têm aceitado definições discriminatórias e chancelam abordagens realizadas em razão de “nervosismo”, “denúncia anônima” e local onde se encontravam os alvos da abordagem. De acordo com pesquisa realizada pelos alunos da FGV em conjunto com o IDDD no projeto “Prova Sob Suspeita”, nos acórdãos do E. TJ/SP, o requisito legal das buscas pessoais é entendido em situações de: denúncia anônima; nervosismo ou referência a suposto estado de ansiedade ou surpresa; suspeito conhecido pelos policiais como suposto autor de delitos; suspeito encontrado em local conhecido pela prática criminosa; suspeito que empreende fuga; suspeito que dispensa algum objeto no chão ao avistar os policiais; suspeito com conduta sugestiva de prática delitiva; suspeita genérica sem descrição fática; suspeito identificado por morador da área da ocorrência ou atividade identificada em monitoramento policial.

A dificuldade no estabelecimento de parâmetros concretos para a identificação de “fundada suspeita” também é tratada por estudiosos do tema das abordagens policiais. Aponta-se que, apesar da centralidade da ideia de “suspeição” para o desenvolvimento do labor policial, há entre os policiais substancial dificuldade para identificar critérios que orientam a suspeição (WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. 2017. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 91, disponível em: < <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24089>>, consulta em 11/03/2020).

Nesse cenário, é evidente a ilicitude do uso das abordagens policiais/buscas pessoais como ferramenta de policiamento ostensivo, diante da Constituição da República e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Isso porque as proteções do artigo 5º da Constituição brasileira contra ofensas à igualdade (inciso I), contra detenções arbitrárias (inciso LIV), contra violações à intimidade (inciso X) são completamente relativizadas em prol do funcionamento de um sistema de segurança pública irracional que permite abordagens ostensivas desamparadas em fundamentos concretos de suspeição criminosa. Ainda, a admissão da prova obtida mediante busca pessoal ilícita ofende a garantia de inadmissibilidade das provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI).

A Constituição, também em seu artigo 5º, confere ao princípio da legalidade posição primordial da proteção da liberdade individual contra o arbítrio do Estado. É na lei que as obrigações, dentre elas a de se submeter à abordagem policial sem mandado, se erigem. E o estado de coisas aqui descrito demonstra a profunda ausência de taxatividade sobre o tema da fundada suspeita.

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos traz amplo rol de proteção à liberdade, estabelecendo que todas as pessoas têm “direito à liberdade e à segurança pessoal” (art. 7.1). Em complemento, o art. 7.2 estabelece que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.

Os Estados signatários da Convenção devem prever, em seus ordenamentos, as causas e condições específicas por meio das quais torna-se possível e justificável a restrição da liberdade de qualquer pessoa. Ao fim, isso também significa que a legislação do Estado signatário deve permitir ao cidadão que conheça previamente as situações nas quais é possível a restrição de liberdade, tornando-as previsíveis e, portanto, evitáveis. Para tanto, as legislações devem evitar conceitos amplos e indeterminados, os quais abrem grande margem para arbitrariedades. Afinal, a Convenção também estabeleceu que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (art. 7.3).

A previsão normativa vai muito além daquelas situações nas quais a restrição à liberdade ocorre à margem das causas e condições da legislação de cada Estado Parte. Ao contrário, a arbitrariedade a que se refere-se o artigo 7.3 da Convenção também é verificada quando o preceito legal é deturpado e invocado como forma de respaldar artificialmente uma atuação que, na realidade, representa uma arbitrariedade. É o que ocorre no tema das abordagens policiais aqui tratado, diante das interpretações subjetivas e arbitrárias que vêm sendo aceitas para o termo legal “fundada suspeita” (CPP, arts. 240, § 2º, e 244).

O desrespeito à Constituição e à Convenção Interamericana é evidente. A legislação é ampla e imprecisa em relação às hipóteses de cabimento da abordagem policial, ao passo em que grande parte destas abordagens é realizada de forma arbitrária, incompatível com respeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

O conceito de “fundada suspeita” é igualmente indefinido. Impede assim a previsibilidade das hipóteses em que a abordagem policial é viável, circunstância que, por si só, contraria as previsões da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em especial aquelas de seu artigo 7.2.

O que pode ser considerado suspeito? Para agentes policiais acostumados a agir a partir de estereótipos formados dentro de uma história de violência e abuso estatal, a roupa, o aparente poder aquisitivo e nível social e a simples cor da pele (um negro em um bairro cuja população seja majoritariamente branca) se transformam em suspeita capaz de justificar o afastamento de direitos e até a violência.

Mesmo assim, a abordagem e a busca pessoal são utilizadas amplamente, atingindo milhões de pessoas todos os anos. Mas se é assim, se a abordagem é um mecanismo necessário ao policiamento, então ela precisa estar de acordo com os princípios inerentes ao ser humano e não pode contar com o enorme grau de subjetividade que a caracteriza.

Pois hoje, a arbitrariedade das abordagens policiais revela inequívoca violação aos artigos 7.1, 7.2 e 7.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, também, aos seus artigos 11.1, 11.2 e 11.3, que dispõem sobre a “proteção da honra e dignidade”.

Prevê o artigo 11.2 que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada”, sendo certo, portanto, que o reconhecimento da arbitrariedade nas abordagens policiais gera, igualmente, a violação à honra e à dignidade daquele que dela é alvo. Assim como há violação à obrigação de que sejam garantidos a toda pessoa o devido processo legal (artigo 8) e os recursos judiciais para a revisão de atos que violem direitos previstos na Convenção (artigo 25).

De tais previsões extrai-se que qualquer ato praticado pelo Estado – incluindo-se as abordagens policiais – deve ser passível de controle judicial por meio do devido processo legal. Cabe ao Poder Judiciário rever as circunstâncias de cada restrição à liberdade em sua integralidade e não apenas a adequação formal da conduta a uma previsão legal imprecisa.

Por fim, vale destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em recente decisão proferida no caso *Fernandez Prieto & Tumbeiro vs. Argentina*,⁵³ reconheceu a responsabilidade internacional do estado argentino pelas violações que sofreram as vítimas em razão de buscas pessoais desarrazoadas que culminaram em condenações criminais contra eles. A CtIDH estabeleceu a obrigatoriedade de se conferir taxatividade à legislação a respeito das buscas pessoais, definindo-se os critérios segundo os quais a suspeita pode ser considerada razoável. Trata-se de medida que se impõe por alteração da legislação, mas também das práticas policiais e judiciais, incluindo-se o Ministério Público e Poder Judiciário.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

- c. O acolhimento das preliminares arguidas a fim de reconhecer a ilicitude da abordagem policial / busca pessoal realizada, com declaração de nulidade do ato e das provas obtidas e derivadas, determinando-se a exclusão desses elementos de informação dos autos, de forma a que não possam subsidiar eventual decisão condenatória.
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito...
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - **MODELO DE PEÇA**

CRIMINAL

3. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A hipossuficiência do/da réu/ré, presumida em razão de sua assistência pela Defensoria Pública, deve levar o Juízo de conhecimento à não imposição de multa com base no princípio constitucional da igualdade material, salvo se tiver o Ministério Público produzido prova da capacidade econômica individual do(a) acusado(a).*

ASSUNTO

Processo penal – Multa – ADI 3150/STF – Tema 931/STJ – Não imposição de pena inexecutável (Área temática: Criminal)

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Artigo 5º, incisos III, IX, X, da Lei Complementar 988/2006 do estado de São Paulo:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

X - atuar nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Em 2021, após as alterações legislativas e jurisprudenciais que impactaram o tema da pena de multa, promovidas pela Lei 13.964/2019 - que alterou o artigo 51 do Código Penal - e pelo julgamento da ADI 3.150, o Superior Tribunal de Justiça modulou o Tema 931 para fixar a seguinte tese: “Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.”

Diante desse cenário, nas demandas em que seja possível se verificar, sem maior dilação probatória, que o/a acusado/a claramente não possui condições de arcar com a multa, como no caso de pessoa assistida pela Defensoria Pública, é desnecessária a movimentação do Poder Judiciário para executar o valor.

Essa afirmação funda-se em duas premissas: (i) presunção de hipossuficiência de pessoa assistida pela Defensoria Pública; (ii) possibilidade de não imposição da pena de multa em respeito ao princípio constitucional da igualdade material.

A presunção de impossibilidade de pagamento da multa penal por pessoa assistida pela Defensoria Pública, funda-se em entendimentos relativos à distribuição do ônus da prova e suas respectivas regras, sendo necessário desenvolver algumas ponderações acerca da matéria.

A distribuição do ônus da prova segue diferentes critérios a depender da esfera de atuação. No processo penal, em regra, o encargo recai sobre a acusação, diante do princípio da presunção de inocência. Tal fundamento principiológico, implica caber “ao Ministério Público ou ao querelante

provar os fatos constitutivos do *ius puniendi* que, no caso, seriam: a conduta típica, incluindo os elementos subjetivos do tipo penal, bem como a autoria”¹.

Segundo o critério da normalidade, sobre cada direito coexistem condições essenciais e condições gerais, ou genéricas. Aquele que pretende invocar o direito, deve comprovar a presença de suas condições essenciais. As condições gerais, por seu turno, presumem-se existentes, uma vez que partem de um lugar do ordinário: “[o] que é ordinário, não necessita se provar; já o que é anormal, excepcional ou extraordinário deve ser provado”².

Ora, tal premissa decorre da própria concepção lógica de reconhecimento de um direito. Quando certa condição, em situações habituais, se verifica, não é necessário prová-la. Se alguém acusa sua não presença, este tem a incumbência de provar a alegação, ou o fato impeditivo. O que se importa provar é a exceção e não a regra. A regra é presumida.

Forçoso concluir, pois, pela necessidade de se guiar pela condição geral. No caso da presunção de impossibilidade de pagamento da multa penal de réu assistido pela Defensoria Pública, bastaria, portanto, identificar o perfil das pessoas assistidas para concluir se a presunção é, de fato, uma condição geral. Não se desconhece o fato de que, no processo criminal, não é necessário provar a hipossuficiência para acesso à Defensoria Pública. Contudo, os dados³ dos representados pelo órgão mostram tratar-se de populações vulneráveis, incapazes financeiramente de arcar com a pena de multa sem prejuízo de seu próprio sustento. A impossibilidade de adimplemento é a regra, a condição geral, ordinária.

O critério adotado pelo Código de Processo Civil perpassa pela diferenciação entre os fatos constitutivos, de um lado, e os impeditivos, modificativos ou extintivos, de outro. Quanto aos primeiros, incumbiria ao autor o ônus da prova, quanto aos demais, ao réu, conforme o artigo 373 do Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

- I. ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- II. ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)

Contudo, o dispositivo mencionado, em seu parágrafo primeiro, trata também das situações envolvendo provas diabólicas: “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”. As chamadas provas diabólicas frequentemente associam-se às provas de fatos negativos, apesar de seus conceitos não se confundirem.

No caso da comprovação da impossibilidade de pagamento da pena de multa, exigida no Tema 931 do Superior Tribunal de Justiça, evidente que se trata de prova de fato negativo (não possibilidade de adimplemento) e também diabólica, porque exige de populações vulneráveis documentos a

1 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 259.

2 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 246.

3 Os dados comprobatórios serão expostos na seção da fundamentação fática.

que, muitas vezes, elas não têm acesso. O Ministério Público, por seu turno, tem a seu dispor sistemas informatizados que facilmente comprovariam eventual capacidade econômica do/a réu/ré.

A Súmula aqui debatida nem chega a demandar a inversão do ônus da prova sem indícios. O que se coloca é que, para os assistidos pela Defensoria Pública, haveria a presunção da hipossuficiência e, diante de tal condição, incumbiria ao Ministério Público a prova no sentido contrário. Esse fato - representação pela Defensoria Pública - caracterizaria uma *probatio levior*, o que autorizaria o magistrado “a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência.”⁴

Diante de todo o exposto, evidencia-se que, seja qual for a compreensão acerca da repartição do ônus da prova, a representação do/a réu/ré pela Defensoria Pública caracteriza presunção suficiente para o reconhecimento de impossibilidade de adimplemento da pena de multa, conforme será comprovado adiante.

De mais a mais, no processo de conhecimento o ônus da prova é de quem acusa, razão porque a inexistência de prova de capacidade econômica do réu, a ser provada por iniciativa do Ministério Público na lógica do processo penal acusatório, indica o dever do Juízo de assumir como realidade provada a hipossuficiência.

Não se mostra razoável que seja necessário ajuizar a execução da multa, realizar a busca e, por vezes, bloqueio de bens integrantes do mínimo existencial para, apenas então, se reconhecer a aplicabilidade do Tema 931 do Superior Tribunal de Justiça. Isto porque a ação executiva: (i) ou será fadada ao insucesso; (ii) ou resultará no bloqueio de bens que integram o mínimo existencial do/a condenado/a, como valores de pecúlio, de realização de pequenos trabalhos, de benefícios assistenciais diversos, prejudicando a retomada de sua vida pós-cárcere.

A exigência do pagamento da pena de multa constitui forma de discriminação indireta contra pessoas pobres, negras, mulheres e em situação de rua, considerando o impacto desproporcional que sua exigência acarreta a estes grupos vulneráveis.

O direito antidiscriminatório tem como objetivo eliminar “mecanismos de exclusão responsáveis pela produção das desvantagens sistêmicas enfrentadas por minorias”⁵. Recentemente, foi internalizada no ordenamento brasileiro a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatadas de Intolerância⁶. A Convenção indica a existência de duas formas principais de discriminação: a direta e a indireta⁷. O texto foi aprovado pelo rito do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, possuindo, assim, força normativa equivalente à de emenda constitucional.

A discriminação indireta é aquela que “ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo,

4 DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista Direito Mackenzie, 2017, v. 11, n. 2, p. 139.

5 Cf. MOREIRA, Adilson José. “Tratado de Direito Discriminatório”, Editora Contracorrente, São Paulo, 2020.

6 Decreto n.º 10.932/2022.

7 Ambas as formas de discriminação já foram reconhecidas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se nota, v.g., ADI 1946-DF e ADPF 291.

prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos” (art. 1.2).

No caso da multa penal, há impacto significativo sobre pessoas negras (pretos e pardos, sobrerrepresentados na população carcerária brasileira); sobre pessoas pobres e em situação de rua (que enfrentam dificuldades econômicas e financeiras maiores para pagar a pena de multa); e sobre mulheres (que são proporcionalmente mais condenadas pelo crime de tráfico de drogas, que possui o maior valor de multa).

Nota-se que, em relação às pessoas em situação de rua, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 425/2021, que instituiu a Política Nacional para População em Situação de Rua.

A Resolução prevê que a pena de multa para pessoas em situação de rua deve ser preferencialmente não aplicada, dada sua capacidade dessocializadora, o que demonstra implicitamente o reconhecimento do impacto desproporcional da medida para este grupo vulnerável:

Art. 29. Deverá ser observada a vulnerabilidade decorrente da situação de rua no momento de aplicação da pena, evitando-se a aplicação da pena secundária de multa. (...)

Em outras palavras, **o próprio Conselho Nacional de Justiça considerou que a vulnerabilidade decorrente da situação de rua permite a não aplicação da pena de multa**. Aqui se pretende, portanto, estender tal compreensão a todos aqueles presumidamente hipossuficientes que, inequivocamente, sofrerão impacto desproporcional com a imposição da pena pecuniária.

Por outro lado, pode se alegar que a ocasião da sentença não seria o momento apropriado para aferir a condição econômica do/a acusado/a, sendo, a execução, a sede apropriada. Essa concepção contraria diretamente o próprio sistema de dias-multa, estabelecido no Código Penal. Isso porque, o valor do dia-multa deve “corresponder à renda média que o autor do crime auferem em um dia, considerando-se sua situação econômica e patrimonial”⁸.

Assim, a lei estabelece que, ao final da instrução, o Juízo teria elementos indicativos da condição socioeconômica do réu. Em face disso, sendo a pessoa acusada assistida pela Defensoria Pública, isto é, presumidamente hipossuficiente, o Juízo de conhecimento não deveria aplicar a multa. Essa presunção apenas pode ser afastada caso o Ministério Público tiver produzido prova da capacidade econômica individual do/a acusado/a. Até porque, para pedir a condenação, o Órgão de acusação incumbe-se de provar todas as circunstâncias que autorizam a imposição da pena, inclusive a pecuniária, em toda sua extensão.

Para além disso, a instrução criminal representa o momento de maior proximidade do Poder Judiciário para com o/a réu/ré, com diversas oportunidades para o Juízo aferir a situação econômica do/a acusado/a:

Além dos elementos que a polícia puder fornecer no inquérito policial, deverá o magistrado, no interrogatório, questionar o acusado sobre a sua situação econômico-financeira. O Ministério Público poderá requisitar informações junto às

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume 1, Parte Geral. 26ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Receitas Federal, Estadual e Municipal, para melhor aferir a real situação do réu, em casos em que as circunstâncias o exigirem.⁹

Por isto, considerando, precipuamente, o princípio constitucional da igualdade e também os princípios da economia processual e razoabilidade, bem como o teor do Tema 931/STJ e da Resolução n.º 425/2021 do CNJ, em caso de condenação de acusado/a representado/a pela Defensoria Pública e no qual não tenha o Ministério Público produzido prova da capacidade econômica do/a réu/ré, deve o Juízo deixar de impor a pena de multa ou, subsidiariamente, exigir do Ministério Público prova dessa capacidade financeira como condição necessária à propositura de execução de pena de multa.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Um dos efeitos mais nefastos do recrudescimento da resposta do Estado - Poder Legislativo, agências policiais, Ministério Público e Poder Judiciário - aos denominados “crimes de colarinho branco” foi o impacto desproporcional que novos marcos legais e orientações jurisprudenciais tiveram sobre a parte da população brasileira efetivamente vulnerável ao sistema penal e sobre a própria população carcerária – composta, majoritariamente, por pessoas econômica e socialmente vulneráveis, condenadas por crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas.

Nesse contexto, uma alteração jurisprudencial ganha relevo pela alta capacidade de impactar negativamente na cidadania de pessoas egressas do cárcere: trata-se da nova delimitação dos contornos jurídicos da pena de multa - suas hipóteses de aplicação, cobrança e em especial os efeitos de seu inadimplemento.

A presunção de impossibilidade de pagamento da pena de multa por réu assistido pela Defensoria Pública, e consequente impacto desproporcional de sua exigência, fundamenta-se em dois eixos: (i) perfil socioeconômico das pessoas assistidas e; (ii) os baixos valores das penas de multa executadas, que revelam a criminalidade à qual essas multas estão associadas.

Quanto ao primeiro eixo, a Defensoria Pública do estado de São Paulo, nos autos do Recurso Especial nº 1.785.383/SP, apresentou dados obtidos por meio das mais de 4.000 intimações recebidas no Portal Eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nessa oportunidade, destacou-se o perfil socioeconômico das pessoas executadas às quais as intimações se referem, a partir de pesquisa elaborada por amostragem com base nas declarações no inquérito policial, chegando-se aos seguintes resultados:

- a. Ao redor de **96%** informaram **não possuir valores depositados em banco**, e 95% relataram não ter bens imóveis;
- b. Em torno de 31% declararam expressamente não possuir trabalho, e em 24% dos casos não há dados sobre isso;
- c. Dentre os que declararam o valor mensal recebido pelo trabalho, por volta de 51% ganham até 1.000,00 reais e 26% entre 1.000,00 e 1.500,00 reais, **redundando em quase 77% de pessoas recebendo menos de dois salários mínimos.**

9 *Ibidem.*

- d. Dentre os que declararam o valor diário recebido pelo trabalho, denotando a existência e emprego informal, quase 20% recebem diárias de até 50,00 reais e 73% recebem diárias entre 50,00 e 100,00 reais;
- e. 47% têm o ensino fundamental completo e 23% o fundamental incompleto, totalizando, então, em torno de **70% de pessoas sem sequer terem iniciado do ensino médio.** (grifos nossos)

Não há dúvida que tais dados revelam a vulnerabilidade das pessoas representadas pela Defensoria Pública nos processos de execução da pena de multa, como também enunciam a evidente impossibilidade de pagamento sem prejuízo do sustento do/a assistido/a. Prova disso é que: 96% declararam não possuir valores depositados em banco, e 77% das pessoas que declararam o valor recebido como salário informaram receber menos de dois salários-mínimos. Ora, executar a multa de tais pessoas, impondo-lhes medidas constritivas, obviamente prejudicará seu sustento e de sua família, sendo imperioso o reconhecimento da presunção de hipossuficiência.

Dados semelhantes foram encontrados no monitoramento realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em mutirão jurídico, iniciado em 2022 e ainda em curso, com 241 pessoas assistidas¹⁰: 72,2% delas declararam ganhar menos de um salário- mínimo; 71,4% declararam não ter completado o Ensino Médio; quase um quinto das pessoas relataram estar em situação de rua no momento do atendimento; 59,3% informaram estarem desempregadas e, das pessoas empregadas, 82,1% relataram não estarem registradas.

Para além de comprovar a presunção de hipossuficiência, esses dados revelam como a exigência da multa gera impacto desproporcional a essas populações.

Segundo dados informados pelo Ministério Público de São Paulo, em resposta a pedido do Núcleo Especializado em Situação Carcerária da Defensoria Pública do estado de São Paulo, “[e]ntre janeiro de 2020 e maio de 2021, foram ajuizadas quase 74.000 ações de execução de pena de multa nesse Estado”, sendo que, em média, são ajuizadas 5.000 novas execuções por mês no estado. É fato notório que uma parcela significativa da defesa dessas execuções recai sob a responsabilidade da Defensoria Pública que, vale dizer, não tem acesso aos mesmos sistemas informatizados que o Ministério Público.

Para além disso, com base na análise das 4.000 intimações, mencionada anteriormente, foi possível obter informações sobre os valores das multas cobradas:

- a. 53% das ações ajuizadas tratam de cobrança de multa cujo valor não ultrapassa 500,00 reais;
- b. 65% dizem respeito a valores que não ultrapassam 1.000,00 reais;
- c. 99% dos valores não chegam ao teto de não execução pela Fazenda Estadual;
- d. 91% não alcançam o limite de não execução da Fazenda Nacional.

Esses dados desvelam a forma de criminalidade de que tratam essas execuções, crimes cuja penalização incide justamente sobre a parcela hipossuficiente da população: “Afinal, o ínfimo valor

10 Em 2022, o IDDD deu início a um novo mutirão voltado ao atendimento jurídico gratuito de pessoas condenadas a pagar a multa penal, a partir da identificação das mazelas causadas pela impossibilidade de pagamento da multa em decorrência da hipossuficiência de grande parte das pessoas condenadas.

das multas cobradas revela a existência de penas de multa baixas e de ausência de capacidade financeira para pagamento, conforme dispõe os critérios legais para a sua fixação.”¹¹

Vale destacar que, enquanto a Lei Estadual nº 14.272/10, em seu artigo 1º¹² e a Resolução PGE/SP-21, de 23/8/2017, também no artigo 1º¹³, estabelecem como valor mínimo para execução 1.200 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs) – que atualmente corresponde a mais de R\$ 40.000,00 -, calcadas em premissas e estudos de custo-efetividade, no âmbito criminal são executadas multas que, em 53% dos casos, não ultrapassam R\$ 500,00. Executa-se todo e qualquer valor, movendo todo o aparato judicial, contra hipossuficientes.

As pessoas executadas, diante do não reconhecimento da hipossuficiência, permanecem com seus direitos políticos suspensos. A suspensão dos direitos políticos, por sua vez, leva ao cenário de (ainda maior) exclusão social do egresso e da egressa, pois promove a impossibilidade prática de obtenção de emprego formal, de celebração de negócios jurídicos que dependam de garantias (v.g. contrato de aluguel), de acesso a crédito, de abertura de conta corrente em bancos, da possibilidade de prestar concurso público, bem como a maior dificuldade de reinserção familiar e comunitária.

Outra consequência prática do não reconhecimento da presunção de hipossuficiência de pessoas assistidas pela Defensoria Pública é viabilizar a execução de valor contra a pessoa condenada, atingindo patrimônio essencial para sua subsistência, como a penhora de auxílio-emergencial, de valores de pensão alimentícia, valores módicos em poupança e até mesmo valores depositados em conta de pecúlio por trabalhos executados pela pessoa egressa enquanto se encontrava no estabelecimento prisional, o que atinge não apenas o(a) executado(a), mas igualmente seus dependentes e familiares.

Diante de tal cenário, exigir-se uma prova de fato negativo e diabólica, sobre uma condição – de hipossuficiência - que é identificada na imensa maioria das situações, transmuta-se em algo irracional e cujas consequências vão em sentido totalmente oposto ao objetivo disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal, de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Considerando os dados de perfil dos assistidos nos processos de execução, corroborados pelos dados colhidos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o montante de execuções de penas de multa, os valores das penas de multa executados contra os/as assistidos/as e seus efeitos deletérios, não há outra conclusão senão a presumida impossibilidade de pagamento por aqueles/as que são assistidos/as pela Defensoria Pública.

A presente súmula de tese institucional parte da premissa de que a ampliação de liberdades públicas subjetivas dos egressos e egressas, em especial o acesso equitativo ao trabalho e renda

11 Trecho da manifestação da Defensora Pública do estado de São Paulo, na ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.785.383/SP (e-STJ fl. 250).

12 “Artigo 1º - Fica o Poder Executivo, por meio dos órgãos competentes da Procuradoria Geral do Estado, autorizado a não propor ações, inclusive execuções fiscais, assim como requerer a desistência das ajuizadas, para cobrança de débitos de natureza tributária ou não tributária, cujos valores atualizados não ultrapassem 1.200 (mil e duzentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs.” (NR).”

13 “Artigo 1º Não será proposta execução fiscal visando à cobrança dos débitos abaixo relacionados, quando o valor da causa for igual ou inferior a 1.200 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs)”

durante e após o cárcere, constituem os mecanismos por excelência para superação do estado de vulnerabilidade social e econômica que marca o egresso do sistema carcerário. Assim, o enfrentamento à utilização da pena de multa como forma de manutenção do status de subcidadania dos egressos e egressas se insere neste contexto e é o objetivo da orientação de atuação dos Defensores e Defensoras.

13 “Artigo 1º Não será proposta execução fiscal visando à cobrança dos débitos abaixo relacionados, quando o valor da causa for igual ou inferior a 1.200 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs) ”

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

O requerimento da não imposição da pena de multa ou, subsidiariamente, de exigir do Ministério Público prova da capacidade financeira como condição necessária à propositura de execução de pena de multa deve ser realizado em alegações finais.

O/a defensor/a deve buscar elementos documentados no processo a respeito das condições financeiras do/a acusado/a, em especial informações prestadas na primeira fase do interrogatório ou a partir da própria dinâmica/contexto do fato julgado.

Deve ser avaliada e, se o caso, apontada, a existência de vulnerabilidades específicas do/a acusado/a, como o fato de estar em situação de rua; possuir filhos menores de idade sob sua responsabilidade; possuir alguma deficiência; possuir problemas com uso abusivo de álcool e drogas; se identificar como integrante de etnia indígena etc, isto é, qualquer vulnerabilidade que demonstre concretamente uma dificuldade adicional de o/a acusado/a auferir renda para pagar a pena de multa e do impacto desproporcional que acarretará a imposição dela.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOVER.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ____ª VARA DO FORO REGIONAL DE... DA COMARCA DE... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxx

xx

Xxx

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

...

Em caso de condenação, requer a não aplicação da pena de multa, ante a demonstração de que o requerente é pessoa de baixa renda.

O/a réu/ré foi representado pela Defensoria Pública durante o curso do presente processo, o que enseja presunção de hipossuficiência e, conseqüentemente, a não imposição da pena de multa, em respeito ao princípio constitucional da igualdade material, conforme se verá adiante.

Não se ignora que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.150, previu que a multa penal tem natureza de pena e deve ser executada perante o Juízo das execuções criminais.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no Tema 931, fixou que, caso o condenado não possua recursos para arcar com o valor da multa, é dispensado seu recolhimento para que seja declarada a extinção da punibilidade.

Nas demandas em que seja possível se verificar, sem maior dilação probatória, que o/a acusado/a não possui condições de arcar com a multa, é desnecessária a movimentação do Poder Judiciário para executar o valor.

I – Imposição da pena de multa a pessoas hipossuficientes afronta o princípio constitucional da igualdade material

A exigência do pagamento da pena de multa constitui forma de discriminação indireta contra pessoas pobres, negras, mulheres e em situação de rua, considerando o impacto desproporcional que sua exigência acarreta na vida das pessoas pertencentes a estes grupos.

O direito antidiscriminatório tem como objetivo eliminar “mecanismos de exclusão responsáveis pela produção das desvantagens sistêmicas enfrentadas por minorias”¹⁴. Recentemente, foi internalizada no ordenamento brasileiro a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatadas de Intolerância¹⁵. A Convenção indica a existência de duas formas principais de discriminação: a direta e a indireta¹⁶. O texto foi aprovado pelo rito do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, possuindo, assim, força normativa equivalente à de emenda constitucional.

A discriminação indireta é aquela que “ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos” (art. 1.2).

No caso da multa penal, há impacto significativo sobre pessoas negras (pretos e pardos, sobrerrepresentados na população carcerária brasileira); sobre pessoas pobres e em situação de rua (que enfrentam dificuldades econômicas e financeiras maiores para pagar a pena de multa); e sobre mulheres (que são proporcionalmente mais condenadas pelo crime de tráfico de drogas, que possui o maior valor de multa).

14 Cf. MOREIRA, Adilson José. “Tratado de Direito Discriminatório”, Editora Contracorrente, São Paulo, 2020.

15 Decreto n.º 10.932/2022.

16 Ambas as formas de discriminação já foram reconhecidas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se nota, v.g., ADI 1946-DF e ADPF 291.

Nota-se que, em relação às pessoas em situação de rua, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 425/2021, que instituiu a Política Nacional para População em Situação de Rua.

A Resolução prevê que a pena de multa para pessoas em situação de rua deve ser preferencialmente não aplicada, dada sua capacidade dessocializadora, o que demonstra implicitamente o reconhecimento do impacto desproporcional da medida para este grupo vulnerável:

“Art. 29. Deverá ser observada a vulnerabilidade decorrente da situação de rua no momento de aplicação da pena, **evitando-se a aplicação da pena secundária de multa.** (...)” (grifos nossos)

Em outras palavras, o próprio **Conselho Nacional de Justiça considerou que a vulnerabilidade decorrente da situação de rua permite a não aplicação da pena de multa.** Aqui se pretende, portanto, estender tal compreensão a todas as pessoas acusadas hipossuficientes, que inequivocamente sofrerão impacto desproporcional com a imposição da pena pecuniária.

Por outro lado, pode se alegar que a ocasião da sentença não seria o momento apropriado para aferir a condição econômica do acusado, sendo, a execução, a sede adequada. Essa concepção contraria diretamente o próprio sistema de dias- multa, estabelecido no Código Penal. Isso porque, o valor do dia-multa deve “corresponder à renda média que o autor do crime auferir em um dia, considerando-se sua situação econômica e patrimonial”¹⁷.

Assim, a lei estabelece que, ao final da instrução, o Juízo teria elementos indicativos da condição socioeconômica do réu. Em face disso, sendo a pessoa acusada assistida pela Defensoria Pública, isto é, presumidamente hipossuficiente, o Juízo de conhecimento não deveria aplicar a multa. Essa presunção apenas poderia ser afastada caso o Ministério Público tivesse produzido prova da capacidade econômica individual do acusado. Até porque, para pedir a condenação, o Órgão de acusação incumbe-se de provar todas as circunstâncias que autorizam a imposição da pena, inclusive a pecuniária, em toda sua extensão.

Para além disso, a instrução criminal representa o momento de maior proximidade do Poder Judiciário para com o acusado, com diversas oportunidades em que o Juízo pode analisar sua condição econômica:

“Além dos elementos que a polícia puder fornecer no inquérito policial, deverá o magistrado, no interrogatório, questionar o acusado sobre a sua situação econômico-financeira. O Ministério Público poderá requisitar informações junto às Receitas Federal, Estadual e Municipal, para melhor aferir a real situação do réu, em casos em que as circunstâncias o exigirem.”¹⁸

Na hipótese dos autos, por se tratar de réu/ré representado/a pela Defensoria Pública, a hipossuficiência é presumida.

II – Presunção de impossibilidade de pagamento da pena de multa por assistido/a da Defensoria Pública

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume 1, Parte Geral. 26ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

18 *Ibidem*.

A distribuição do ônus da prova segue diferentes critérios a depender da esfera de atuação. No processo penal, em regra, o encargo recai sobre a acusação, diante do princípio da presunção de inocência. Tal fundamento principiológico, implica caber “ao Ministério Público ou ao querelante provar os fatos constitutivos do *ius puniendi* que, no caso, seriam: a conduta típica, incluindo os elementos subjetivos do tipo penal, bem como a autoria”¹⁹.

O critério adotado pelo Código de Processo Civil perpassa pela diferenciação entre os fatos constitutivos, de um lado, e os impeditivos, modificativos ou extintivos, de outro. Quanto aos primeiros, incumbiria ao autor o ônus da prova, quanto aos demais, ao réu, conforme o artigo 373 do Código de Processo Civil:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

- I. ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- II. ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)”

Contudo, o dispositivo mencionado, em seu parágrafo primeiro, trata também das situações envolvendo provas diabólicas, “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”. As chamadas provas diabólicas frequentemente associam-se às provas de fatos negativos, apesar de seus conceitos não se confundirem.

No caso da comprovação da impossibilidade de pagamento da pena de multa, exigida no Tema 931 do Superior Tribunal de Justiça, evidente que se trata de prova de fato negativo (não possibilidade de adimplemento) e também diabólica, porque exige de populações vulneráveis documentos a que, muitas vezes, elas não têm acesso. O Ministério Público, por seu turno, tem a seu dispor sistemas informatizados que facilmente comprovariam eventual capacidade econômica do réu.

Portanto, é evidente que não se pode exigir do acusado que prove o negativo. É o Ministério Público quem tem o ônus de provar a capacidade econômica do réu para fins de fixação de pena. E essa é, por óbvio, a mesma capacidade que induziria um juízo a respeito das possibilidades de quitação da multa. Se o órgão acusador não produziu prova nesse sentido, a única realidade que se pode considerar provada é a hipossuficiência.

Além disso, a representação pela Defensoria Pública caracteriza *probatio levior*, que autoriza o magistrado “a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência.”²⁰

Ora, resta entender, portanto, qual o perfil das pessoas representadas pela Defensoria nos processos de execução de pena de multa.

19 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 259.

20 DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista Direito Mackenzie, 2017, v. 11, n. 2, p. 139.

A Defensoria Pública do estado de São Paulo, nos autos do Recurso Especial nº 1.785.383/SP, apresentou dados obtidos por meio das mais de 4.000 intimações recebidas no Portal Eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nessa oportunidade, destacou-se o perfil socioeconômico das pessoas executadas às quais as intimações se referem, a partir de pesquisa elaborada por amostragem com base nas declarações no inquérito policial, chegando-se aos seguintes resultados:

- a. Ao redor de 96% informaram não possuir valores depositados em banco, e 95% relataram não ter bens imóveis;
- b. Em torno de 31% declararam expressamente não possuir trabalho, e em 24% dos casos não há dados sobre isso;
- c. Dentre os que declararam o valor mensal recebido pelo trabalho, por volta de 51% ganham até 1.000,00 reais e 26% entre 1.000,00 e 1.500,00 reais, redundando em quase 77% de pessoas recebendo menos de dois salários-mínimos.
- d. Dentre os que declararam o valor diário recebido pelo trabalho, denotando a existência e emprego informal, quase 20% recebem diárias de até 50,00 reais e 73% recebem diárias entre 50,00 e 100,00 reais;
- e. 47% têm o ensino fundamental completo e 23% o fundamental incompleto, totalizando, então, em torno de 70% de pessoas sem sequer terem iniciado do ensino médio.

Não há dúvida que tais dados revelam a vulnerabilidade das pessoas representadas pela Defensoria Pública nos processos de execução da pena de multa, como também enunciam a evidente impossibilidade de pagamento sem prejuízo do sustento do assistido. Prova disso é que: 96% declararam não possuir valores depositados em banco, e 77% das pessoas que declararam o valor recebido como salário informaram receber menos de dois salários-mínimos. Ora, executar a multa de tais pessoas, impondo-lhes medidas constritivas, obviamente prejudicará seu sustento e de sua família, sendo imperioso o reconhecimento da presunção de hipossuficiência.

Dados semelhantes foram encontrados no monitoramento realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em mutirão jurídico, iniciado em 2022 e ainda em curso, com 241 pessoas assistidas²¹: 72,2% delas declararam ganhar menos de um salário-mínimo; 71,4% declararam não ter completado o Ensino Médio; quase um quinto das pessoas relataram estar em situação de rua no momento do atendimento; 59,3% informaram estarem desempregadas e, das pessoas empregadas, 82,1% relataram não estarem registradas.

Para além de comprovar a presunção de hipossuficiência, esses dados revelam como a exigência da multa gera impacto desproporcional a essas populações, como se vê das consequências práticas:

21 Em 2022, o IDDD deu início a um novo mutirão voltado ao atendimento jurídico gratuito de pessoas condenadas a pagar a multa penal, a partir da identificação das mazelas causadas pela impossibilidade de pagamento da multa em decorrência da hipossuficiência de grande parte das pessoas condenadas.

As pessoas executadas, diante do não reconhecimento da hipossuficiência, permanecem com seus direitos políticos suspensos.

A suspensão dos direitos políticos, por sua vez, leva ao cenário de (ainda maior) exclusão social do egresso e da egressa, pois promove a impossibilidade prática de obtenção de emprego formal, de celebração de negócios jurídicos que dependam de garantias (v.g. contrato de aluguel), de acesso a crédito, de abertura de conta corrente em bancos, da possibilidade de prestar concurso público, bem como a maior dificuldade de reinserção familiar e comunitária.

Outra consequência prática do não reconhecimento da presunção de hipossuficiência de assistidos da Defensoria Pública é viabilizar a execução de valor contra a pessoa condenada, atingindo patrimônio essencial para sua subsistência, como a penhora de auxílio-emergencial, de valores de pensão alimentícia, valores módicos em poupança e até mesmo valores depositados em conta de pecúlio por trabalhos executados pela pessoa egressa enquanto se encontrava no estabelecimento prisional, o que atinge não apenas o(a) executado(a), mas igualmente seus dependentes e familiares, subtraindo dele toda e qualquer traço de dignidade, impondo óbice por muitas vezes intransponível à ressocialização, fim máximo do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

No caso concreto, o/a acusado/a é pessoa claramente hipossuficiente, o que se demonstra, por um lado, por ter sido representado/a nos presentes autos pela Defensoria Pública, quanto por ter declarado ser _____.

Não se mostra razoável que seja necessário ajuizar a execução da multa, realizar a busca e, por vezes, bloqueio de bens integrantes do mínimo existencial para, apenas então, se reconhecer a aplicabilidade do Tema 931 do Superior Tribunal de Justiça. Isto porque a ação executiva: (i) ou será fadada ao insucesso; (ii) ou resultará no bloqueio de bens que integram o mínimo existencial do/a condenado/a, como valores de pecúlio, de realização de pequenos trabalhos, de benefícios assistenciais diversos, prejudicando a retomada de sua vida pós-cárcere.

Por isto, considerando, precipuamente, o princípio constitucional da igualdade e também os princípios da economia processual e razoabilidade, bem como o teor do Tema 931/STJ e da Resolução n.º 425/2021 do CNJ, em caso de condenação, sendo o/a acusado/a representado/a pela Defensoria Pública e não tendo o Ministério Público produzido prova da capacidade econômica do/a réu/ré, se requer que o Juízo deixe de impor a pena de multa ou, subsidiariamente, exija do Ministério Público prova dessa capacidade financeira como condição necessária à propositura de execução de pena de multa.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito,
- e. **Na hipótese de condenação, considerando, precipuamente, o princípio constitucional da igualdade e também os princípios da economia processual e razoabilidade, bem como o teor do Tema 931/STJ e da Resolução n.º 425/2021 do CNJ, sendo o/a acusado/a representado/a pela Defensoria Pública e não tendo o Ministério Público produzido prova da capacidade econômica do/a réu/ré, se requer que o Juízo deixe de impor a pena de multa ou, subsidiariamente, exija do Ministério Público prova dessa capacidade financeira como condição necessária à propositura de execução de pena de multa.**
- f. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - **MODELO DE PEÇA**

CRIMINAL

4. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A ausência de justificativa concreta para a inoperância das câmeras operacionais portáteis (COPs) dos policiais responsáveis pela prisão presume a ilegalidade da abordagem policial. Durante a instrução processual, a ausência da gravação ou disponibilização das imagens das câmeras corporais, nos Batalhões já equipados com as COPs, gera dúvida em relação à credibilidade da narrativa acusatória quando centrada unicamente na palavra dos policiais, e, em decorrência do princípio in dubio pro reo e da perda de uma chance probatória, implica na improcedência da ação penal.*

ASSUNTO

Prisão e prova baseada exclusivamente em testemunho policial. Ausência de justificativa concreta para a inoperância das câmeras operacionais portáteis dos policiais militares de batalhões equipados. Presunção de ilegalidade da abordagem policial. Dúvida em relação à credibilidade da narrativa acusatória, a qual deve ser interpretada em favor do acusado. Princípio da Presunção da Inocência. Princípio do in dubio pro reo. Carga probatória exclusivamente atribuída à acusação. Ausência de meios probatórios absolutamente independentes. Perda de uma chance probatória. Insuficiência da prova para dar certeza da imputação contida na denúncia.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

É atribuição institucional da Defensoria Pública do Estado zelar pela plenitude de defesa e assegurar a observância do devido processo legal.

LC 80/94. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

- I prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;
- V exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;
- XVIII atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas

LCE 988/06. Art. 5º São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

- III representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;
- VI promover: i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência;
- IX assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER):

A proposta se relaciona com a seguinte meta do plano de atuação da Defensoria Pública de 2022/2023: "1.1. Criar uma política no âmbito da DPE/SP, de atendimento às vítimas de violência institucional, que garanta acolhimento e atendimento multidisciplinar às vítimas e familiares, inclusive atuando com proximidade nos territórios com maiores índices de violência e letalidade policial, garantindo protagonismo das vítimas durante o Inquérito Policial e atuando em todos os

casos criminais para a nulidade do reconhecimento quando não realizado dentro dos requisitos previstos no CPP, protegendo defensores de direitos humanos e enfrentando discursos de ódio e atuando como assistente de acusação durante o processo criminal.”

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII) é aplicável na interpretação das normas processuais penais. É por essa razão que a **carga probatória** é exclusivamente atribuída à acusação, afastando-se qualquer distribuição do ônus probatório que implique na obrigatoriedade de a defesa comprovar sua inocência.

Assim, existindo qualquer dúvida a respeito da prática da conduta, a mesma deverá ser interpretada em favor do acusado, resultando em sua absolvição. Explica Aury Lopes:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – nemo tenetur se detegere). (...) Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do in dubio pro reo corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença (LOPES, Aury. Direito Processual Penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020)

É por essa razão que o testemunho dos policiais é insuficiente para atender ao standard probatório exigido, no âmbito do processo penal, para um decreto de condenação, afastando a possibilidade de procedência da ação penal baseada exclusivamente nos depoimentos dos agentes responsáveis pela prisão do/a acusado/a.

Nesse sentido, é a decisão proferida no Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/2021, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, no qual se exige que o testemunho de policiais seja valorado por critérios de coerência e conjuntamente com as demais provas dos autos, nos termos dos artigos 155 e 202 do CPP, uma vez que:

- I. o depoimento policial apresenta seus próprios riscos de vieses, de interesse pessoal na condenação do acusado e, em casos extremos, até mesmo de corrupção pura e simples;
- II. se a palavra do policial é suficiente para condenar, mesmo sem outros meios de corroboração, não há uma forma objetiva de controlar esses riscos e evitá-los, senão (unicamente) os valores morais do próprio policial;
- III. não é juridicamente válido – e consistiria injustiça epistêmica – atribuir ao testemunho policial uma posição prévia de superioridade, ou uma presunção de veracidade, sobre a versão do réu;
- IV. imputar ao acusado o ônus de comprovar a falsidade das afirmações do policial é medida que viola o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade e inverte os encargos probatórios distribuídos no art. 156 do CPP; e

- V. admitir a condenação baseada unicamente nos depoimentos policiais equivalente a dizer, na prática, que basta que alguém seja acusado por uma autoridade estatal para que sofra uma condenação penal. (STJ. ARESP n. 1.936.393/2021, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, j. 25/10/2021).

No âmbito também do ARESP 1.936.393/2021, o Ministro Ribeiro Dantas destaca “os ganhos de racionalidade probatória para o sistema processual”, com a implementação de um sistema de gravação em áudio e vídeo de forma ininterrupta das ações policiais. Isso porque o acesso às imagens permite reduzir os vieses dos depoimentos policiais, os riscos de uma armação dolosa contra o réu, pelo uso de artifícios como o “kit flagrante”, assim como reduzir a prática de violência policial.

O uso de câmeras corporais por policiais além de se caracterizar como boa prática administrativa, na medida em que consagra o princípio da publicidade e da transparência na atuação das forças de segurança, é um importante mecanismo de controle da ilegalidade da atuação policial. A gravação das incursões é uma garantia tanto para o cidadão, que poderá delatar abusos, quanto para o agente, que poderá se defender adequadamente de possíveis imputações falsas de abusos.

Nesse ponto, o acesso às imagens das câmeras corporais é central para que a pessoa acusada exerça o direito à ampla defesa e ao contraditório substancial (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal). Eventual uso inadequado ou não acionamento das câmeras por parte dos policiais responsáveis pela ocorrência impõe grave prejuízo a pessoa acusada, uma vez que esta perde a chance de produzir provas que permitam densificar sua narrativa sobre os fatos.

Alexandre Morais de Rosa e Fernanda Mambrini foram os primeiros a trazer a discussão da perda de uma chance probatória ao processo penal, em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito (ROSA, Alexandre Moraes da Rosa; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 455-471, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604).

Os autores exemplificam a teoria trazendo especificamente condenações por tráfico de drogas fundadas apenas no depoimento de policiais quando era possível ao Estado corroborar tais depoimentos por meio de filmagens da abordagem, oitiva de outras testemunhas civis, fotografias, entre outros. Tais considerações se decorrem do fato da narrativa dos policiais, ainda que reproduzida em juízo, não possibilitar um contraditório substancial conforme exigência art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a aplicabilidade da perda de uma chance probatória no âmbito do processo penal (STJ, AREsp 1.940.381, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 14.12.2021), fixando a seguinte tese: “quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes”.

Entende-se, assim, que a ausência de justificativa concreta para a inoperância das câmeras operacionais portáteis dos policiais militares de batalhões equipados gera dúvida em relação à credibilidade da narrativa acusatória quando centrada unicamente na palavra dos policiais. Sustenta-se, portanto, que na ausência de disponibilização das imagens, seja por uso inadequado ou pelo não acionamento pelos policiais responsáveis pela prisão, é possível presumir a ilegalidade da abordagem policial. Com efeito, se a carga probatória no processo penal já é exclusiva da acusação, a não disponibilização das imagens das câmeras corporais sem justificativa concreta e razoável impõe um ônus probatório ainda maior à acusação, assim como a obrigação reforçada do juízo em adotar critérios de coerência para valoração probatória.

Em uma sociedade democrática em que se exige certeza da materialidade e autoria de um crime, ao deixar de produzir provas e confiar exclusivamente nos testemunhos de policiais, quando se era possível apresentar outros elementos probatórios para corroborar os fatos trazidos pelos mesmos, é de todo contrário ao princípio da presunção da inocência e à legislação processual penal.

Não se trata de retirar a credibilidade dos policiais, mas de compreender que, em um processo penal democrático, tal depoimento deve ser corroborado por outras provas isentas, tais como a gravação das imagens pelas câmeras corporais portáteis

Especificamente no caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo, a Diretriz nº PM3-001/02/22 estabelece que a COP é parte integrante dos equipamentos de proteção individual do policial militar (item 6.2.1) e que todos os policiais militares componentes de uma unidade de serviço contemplada com COP devem utilizar o equipamento (6.2.2). Ainda, conforme o POP 5.16.01 da Polícia Militar, os policiais devem verificar, no início das atividades, se a bateria está carregada com no mínimo 95% de carga, devolvendo o equipamento para substituição em caso negativo (item 2).

A mesma diretriz nº PM3-001/02/22 da Polícia Militar determina que a utilização das COP inibe eventual hostilização entre os envolvidos, minimizando a necessidade de uso de força (item 3.2), reforça a transparência e a legitimidade da ação policial-militar, consistindo em elemento com valor probatório da atuação policial militar (item 3.3), reforçam a convicção de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário sobre a conduta do infrator (item 3.4) e fortalecem a prova judicial (item 4.5).

Considerando esse contexto, é importante destacar a decisão liminar na Ação Civil Pública nº 1057956-89.2023.8.26.0053, que trata do uso inadequado das câmeras corporais pelos agentes policiais durante a Operação Escudo na baixada santista. Nesta decisão foi reforçada a necessidade de o Estado instituir mecanismos para assegurar o correto uso das câmeras corporais por parte das forças policiais, como a obrigação de que o agente zele para que as câmeras estejam carregadas durante toda sua atuação, com a devida apuração de faltas funcionais dos policiais que não observarem os parâmetros mínimos de atuação e que tenham contribuído de qualquer forma para o não funcionamento correto das câmeras corporais. Para além dos efeitos da liminar na Ação Civil Pública, é imperioso reconhecer efeitos jurídicos gerados ao/a acusado/a quando não forem observadas as diretrizes básicas de bom uso das COPs

Em suma, o que se defende, tal como restou assentado no voto do Min. Ribeiro Datas no ARES 1.936.393/RJ, é que deve ser atribuído à acusação o ônus de que as palavras dos policiais sejam confirmadas pela gravação dos fatos em vídeo, com áudio, mediante o uso de sistema de câmeras corporais. Não atendido esse ônus, a palavra dos policiais quanto aos fatos que alegam ter testemunhado não será suficiente para fundamentar a condenação.

Assim, se a acusação deixou de produzir provas que corroborem com certeza suficiente a autoria dos fatos ao autor e não foi disponibilizada a gravação das COPs em Batalhão já equipado, há uma presunção da ilegalidade da abordagem policial que milita em favor do acusado e macula os demais atos da investigação, em decorrência dos princípios do *in dubio pro réu*, favor rei e da presunção da inocência.

Como consequência, deve ser requerida a improcedência da ação penal, reconhecendo-se a ilegalidade da abordagem policial, com fundamento nos artigos 155 e 386, inciso V ou VII do Código de Processo Penal.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

O uso das câmeras corporais pela Polícia Militar foi implementado oficialmente no Estado em 2021 por meio do programa “Olho Vivo” que prevê um sistema acoplado ao uniforme (body-worn câmeras, ou BWCs) destinado a gravar a rotina de trabalho dos agentes de segurança. Trata-se de uma adaptação e expansão de experiências anteriores da PMESP com câmeras operacionais portáteis (COP).

Em linhas gerais, o programa tem como finalidade, de um lado produzir provas mais qualificadas para persecução penal, a partir da gravação de imagens sobre a abordagem policial e, de outro, reduzir tensões na interação polícia-cidadão, permitindo um maior controle do uso excessivo da força pelas polícias.

Até dezembro de 2022, 62 dos 135 batalhões da PMESP encontram-se equipados com o uso das câmeras corporais.

Apesar de uma série de Batalhões já estarem equipados com câmeras corporais, durante a Operação Escudo na Baixada Santista, nos meses de julho e agosto de 2023, verificou-se um uso inadequado dos equipamentos pelos agentes responsáveis pelas ocorrências. Apesar de 52% das ocorrências registradas identificarem policiais de Batalhões já equipados com COPs, informações contidas no Relatório “Eles prometeram matar 30’: mortes decorrentes da ação policial na Baixada Santista” elaborado pela Human Rights Watch dão conta que os policiais usavam câmeras corporais em 10 ações relacionadas às primeiras 16 mortes, mas imagens foram registradas em apenas 6 destes casos. Em quatro casos, as câmeras estavam sem bateria ou apresentaram problemas técnicos e não gravaram. Posteriormente, as gravações de outros 3 casos foram enviadas ao Ministério Público, totalizando 9 casos das 28 mortes com gravações (Disponível em: < <https://www.hrw.org/pt/report/2023/11/07/386399>>. Acesso em: 07/11/2023) .

Além dos graves episódios de morte por intervenção policial na Baixada Santista, sabe-se que são recorrentes os relatos das pessoas presas de prisões resultantes de abordagens policiais ilegais, com destaque para o ingresso irregular em domicílio, buscas pessoais injustificadas, o flagrante forjado e a prática de tortura e maus tratos.

Em geral, como apontado pela pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência, 74% das prisões por tráfico de drogas analisadas, datadas dos anos 2010 e 2011, contavam exclusivamente com o testemunho de policiais como prova ((NEV. Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo”. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/nev-prisao-provisoria-e-lei-de-drogas.pdf>>). Neste cenário, as câmeras corporais acopladas aos uniformes dos policiais podem ser um instrumento importante tanto para garantia da ampla defesa no âmbito do processo criminal quanto para o controle da legalidade das ações policiais, particularmente por trazer um incremento à transparência da atuação dos órgãos da segurança pública.

É central superar a jurisprudência que dá pleno valor ao testemunho dos policiais no âmbito da persecução criminal, desconsiderando a narrativa das pessoas detidas sobre os fatos e a necessidade de um amplo acervo probatório que supere qualquer dúvida razoável sobre a materialidade e autoria para subsidiar um decreto condenatório.

Neste sentido, a gravação dos fatos mediante o uso das câmeras corporais é elemento fundamental para que se sustente que a palavra dos policiais não é suficiente para a demonstração dos elementos do crime em uma sentença condenatória, devendo a Defensoria Pública atuar para o correto uso das câmeras corporais pelos agentes de segurança.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A aferição do correto uso das câmeras corporais pelos policiais militares integrantes do Batalhões já equipados com a tecnologia pode ser realizada em diferentes momentos do processo.

Em primeiro lugar, já na audiência de custódia ou no primeiro contato com a ação penal, deve-se verificar se o agente policial pertence a [batalhões equipados com as câmeras corporais](#), assim como é importante formular perguntas à pessoa acusada sobre a dinâmica da prisão e o uso do equipamento. Na sequência, sugere-se que seja solicitada de forma extrajudicial o acesso as imagens das câmeras corporais, por meio do formulário disponibilizado pela Assessoria Criminal.

A ausência da gravação das imagens pelas câmeras seja pelo mau uso do equipamento, não acionamento por parte dos policiais envolvidos na ocorrência ou mesmo por problemas operacionais e tecnológicos não justificados corretamente deve ser informado nos autos, seja por meio da juntada da informação obtida extrajudicialmente ou solicitando diretamente ao juízo a disponibilização das imagens nos autos.

Após a finalização da instrução processual, em sede de alegações finais ou apelação, sugere-se alegar que a ausência de uma justificativa concreta para a inoperância das câmeras operacionais portáteis (COPs) dos policiais responsáveis pela prisão presume a ilegalidade da abordagem policial, assim como impõe prejuízos a pessoa acusada em razão da perda de uma chance probatória. Assim, pode ser fundamento para o pedido de absolvição por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração pena ou pela falta de provas suficientes (art. 386, V ou VII, CPP).

Cabível, ainda, tratar da matéria em recurso especial, diante da violação ao art. 155, 202 e 386, V e VII, do Código de Processo Penal, bem como em recurso extraordinário, em razão da afronta ao art. 5º, incisos III, LVI e LXV, da Constituição Federal.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR/A DOUTOR/A JUIZ/A DA ____ª VARACRIMINAL.... DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da :

XX

XX

XX

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/ SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar Alegações Finais, na forma de memoriais, com fundamento no artigo 403, §3º, do Código de Processo Penal, pelos fatos e razões aduzidos a seguir

I. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

II. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

O princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII) é aplicável na interpretação das normas processuais penais. É por essa razão que a **carga probatória** é exclusivamente atribuída à acusação, afastando-se qualquer distribuição do ônus probatório que implique na obrigatoriedade de a defesa comprovar sua inocência.

Assim, existindo qualquer dúvida a respeito da prática da conduta, a mesma deverá ser interpretada em favor do acusado, resultando em sua absolvição. Explica Aury Lopes:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – nemo tenetur se detegere). (...) Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova

da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença (LOPES, Aury. Direito Processual Penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020).

É por essa razão que o testemunho dos policiais é insuficiente para atender ao *standard* probatório exigido, no âmbito do processo penal, para um decreto de condenação, afastando a possibilidade de procedência da ação penal baseada exclusivamente nos depoimentos dos agentes responsáveis pela prisão do/a acusado/a.

Nesse sentido, é a decisão proferida no Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/2021, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, no qual se exige que o testemunho de policiais seja valorado por critérios de coerência e conjuntamente com as demais provas dos autos, nos termos dos artigos 155 e 202 do CPP, uma vez que:

(I) o depoimento policial apresenta seus próprios riscos de vieses, de interesse pessoal na condenação do acusado e, em casos extremos, até mesmo de corrupção pura e simples; (II) se a palavra do policial é suficiente para condenar, mesmo sem outros meios de corroboração, não há uma forma objetiva de controlar esses riscos e evitá-los, senão (unicamente) os valores morais do próprio policial; (III) não é juridicamente válido – e consistiria injustiça epistêmica – atribuir ao testemunho policial uma posição prévia de superioridade, ou uma presunção de veracidade, sobre a versão do réu; (IV) imputar ao acusado o ônus de comprovar a falsidade das afirmações do policial é medida que viola o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade e inverte os encargos probatórios distribuídos no art. 156 do CPP; e (V) admitir a condenação baseada unicamente nos depoimentos policiais equivale a dizer, na prática, que basta que alguém seja acusado por uma autoridade estatal para que sofra uma condenação penal. (STJ. ARES n. 1.936.393/2021, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, j. 25/10/2021).

No âmbito também do ARES 1.936.393/2021, o Ministro Ribeiro Dantas destaca “os ganhos de racionalidade probatória para o sistema processual”, com a implementação de um sistema de gravação em áudio e vídeo de forma ininterrupta das ações policiais. Isso porque o acesso às imagens permite reduzir os vieses dos depoimentos policiais, os riscos de uma armação dolosa contra o réu, pelo uso de artifícios como o “kit flagrante”, assim como reduzir a prática de violência policial.

O uso de câmeras corporais por policiais além de se caracterizar como boa prática administrativa, na medida em que consagra o princípio da publicidade e da transparência na atuação das forças de segurança, é um importante mecanismo de controle da ilegalidade da atuação policial. A gravação das incursões é uma garantia tanto para o cidadão, que poderá delatar abusos, quanto para o agente, que poderá se defender adequadamente de possíveis imputações falsas de abusos.

Nesse ponto, o acesso às imagens das câmeras corporais é central para que a pessoa acusada exerça o direito à ampla defesa e ao contraditório substancial (artigo 5o, inciso LV da Constituição Federal). Eventual uso inadequado ou não acionamento das câmeras por parte dos policiais responsáveis pela ocorrência impõe grave prejuízo a pessoa acusada, uma vez que esta perde a chance de produzir provas que permitam densificar sua narrativa sobre os fatos.

Alexandre Morais de Rosa e Fernanda Mambrini foram os primeiros a trazer a discussão da perda de uma chance probatória ao processo penal, em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito (ROSA, Alexandre Moraes da Rosa; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 455-471, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604).

Os autores exemplificam a teoria trazendo especificamente condenações por tráfico de drogas fundadas apenas no depoimento de policiais quando era possível ao Estado corroborar tais depoimentos por meio de filmagens da abordagem, oitiva de outras testemunhas civis, fotografias, entre outros. Tais considerações se decorrem do fato da narrativa dos policiais, ainda que reproduzida em juízo, não possibilitar um contraditório substancial conforme exigência art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a aplicabilidade da perda de uma chance probatória no âmbito do processo penal (STJ, AREsp 1.940.381, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 14.12.2021), fixando a seguinte tese: *"quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes"*.

Entende-se, assim, que a ausência de justificativa concreta para a inoperância das câmeras operacionais portáteis dos policiais militares de batalhões equipados gera dúvida em relação à credibilidade da narrativa acusatória quando centrada unicamente na palavra dos policiais. Sustenta-se, portanto, que na ausência de disponibilização das imagens, seja por uso inadequado ou pelo não acionamento pelos policiais responsáveis pela prisão, é possível presumir a ilegalidade da abordagem policial. Com efeito, se a carga probatória no processo penal já é exclusiva da acusação, a não disponibilização das imagens das câmeras corporais sem justificativa concreta e razoável impõe um ônus probatório ainda maior à acusação, assim como a obrigação reforçada do juízo em adotar critérios de coerência para valoração probatória.

Em uma sociedade democrática em que se exige certeza da materialidade e autoria de um crime, ao deixar de produzir provas e confiar exclusivamente nos testemunhos de policiais, quando se era possível apresentar outros elementos probatórios para corroborar os fatos trazidos pelos mesmos, é de todo contrário ao princípio da presunção da inocência e à legislação processual penal.

Não se trata de retirar a credibilidade dos policiais, mas de compreender que, em um processo penal democrático, tal depoimento deve ser corroborado por outras provas isentas, tais como a gravação das imagens pelas câmeras corporais portáteis

Especificamente no caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo, a Diretriz nº PM3-001/02/22 estabelece que a COP é parte integrante dos equipamentos de proteção individual do policial militar (item 6.2.1) e que todos os policiais militares componentes de uma unidade de serviço contemplada com COP devem utilizar o equipamento (6.2.2). Ainda, conforme o POP 5.16.01 da Polícia Militar, os policiais devem verificar, no início das atividades, se a bateria está carregada com no mínimo 95% de carga, devolvendo o equipamento para substituição em caso negativo (item 2).

A mesma diretriz nº PM3-001/02/22 da Polícia Militar determina que a utilização das COP inibe eventual hostilização entre os envolvidos, minimizando a necessidade de uso de força (item 3.2), reforça a transparência e a legitimidade da ação policial-militar, consistindo em elemento com valor probatório da atuação policial militar (item 3.3), reforçam a convicção de

membros do Ministério Público e do Poder Judiciário sobre a conduta do infrator (item 3.4) e fortalecem a prova judicial (item 4.5).

Considerando esse contexto, é importante destacar a decisão liminar na Ação Civil Pública nº 1057956-89.2023.8.26.0053, que trata do uso inadequado das câmeras corporais pelos agentes policiais durante a Operação Escudo na baixada santista. Nesta decisão foi reforçada a necessidade de o Estado instituir mecanismos para assegurar o correto uso das câmeras corporais por parte das forças policiais, como a obrigação de que o agente zele para que as câmeras estejam carregadas durante toda sua atuação, com a devida apuração de faltas funcionais dos policiais que não observarem os parâmetros mínimos de atuação e que tenham contribuído de qualquer forma para o não funcionamento correto das câmeras corporais. Para além dos efeitos da liminar na Ação Civil Pública, é imperioso reconhecer efeitos jurídicos gerados ao/a acusado/a quando não forem observadas as diretrizes básicas de bom uso das COPs

Em suma, o que se defende, tal como restou assentado no voto do Min. Ribeiro Datas no ARESP 1.936.393/RJ, é que deve ser atribuído à acusação o ônus de que as palavras dos policiais sejam confirmadas pela gravação dos fatos em vídeo, com áudio, mediante o uso de sistema de câmeras corporais. Não atendido esse ônus, a palavra dos policiais quanto aos fatos que alegam ter testemunhado não será suficiente para fundamentar a condenação.

Assim, se a acusação deixou de produzir provas que corroborem com certeza suficiente a autoria dos fatos ao autor e não foi disponibilizada a gravação das COPs em Batalhão já equipado, há uma presunção da ilegalidade da abordagem policial que milita em favor do acusado e macula os demais atos da investigação, em decorrência dos princípios do *in dubio pro réu*, favor rei e da presunção da inocência.

Como consequência, deve ser requerida a improcedência da ação penal, reconhecendo-se a ilegalidade da abordagem policial, com fundamento nos artigos 155 e 386, inciso V ou VII do Código de Processo Penal.

Como consequência, requer-se a improcedência da ação penal, reconhecendo-se a ilegalidade da abordagem policial, com fundamento nos artigos 155 e 386, inciso V ou VII do Código de Processo Penal.

III. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se a inicial acusatória seja julgada IMPROCEDENTE, reconhecendo a ilegalidade da abordagem policial em decorrência na ausência disponibilização gravações das câmeras corporais, com a consequente absolvição do/a acusado/a, nos termos dos artigos 155 e 386, incisos V ou VII do Código de Processo Penal.

Em caso de condenação, requer-se que seja concedido o direito de recorrer em liberdade.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link – **MODELO DE PEÇA**

CRIMINAL

5. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Dados armazenados em dispositivos eletrônicos somente podem ser acessados mediante ordem judicial, ainda que o dispositivo tenha sido apreendido em flagrante delito.*

ASSUNTO

O assunto da presente proposta diz respeito ao acesso a dados armazenados em dispositivos eletrônicos apreendidos por forças policiais durante abordagens ou em flagrante delito, e seu uso para a finalidade de instrução processual penal. A tese trata da necessidade de ordem judicial prévia para seu acesso e uso, rechaçando a possibilidade de obtenção do consentimento do investigado titular de dados ou de sua presunção.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos (Art. 4º, VIII, LC 80/1994).

Exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009). (Art. 4º, V, LC 80/1994).

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Abaixo, apresentamos a fundamentação da presente tese em três eixos, o primeiro deles (i) quanto às garantias no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos; outro (ii) quanto à proteção constitucional e infraconstitucional dos referidos dados pessoais como comunicações passíveis de sigilo, juntamente com uma breve exposição da jurisprudência dos tribunais superiores sobre a matéria; e (iii) quanto à impossibilidade de obtenção ou presunção de consentimento do investigado, titular de dados, nesses casos.

A proteção à vida privada é consagrada no art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto n. 678/1992. O art. 11.2 estabelece que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou correspondência. Já o art. 11.3 garante a proteção da lei contra tais ingerências. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) estendeu o entendimento de “correspondência” a outras formas de comunicação, como as conversas telefônicas, nos casos *Tristán Donoso vs Panamá* e *Escher e outros vs Brasil* [*Tristán Donoso* (parágrafo 55); *Escher* (parágrafo 114)]. Nestes, a Corte IDH retomou o argumento de que o âmbito da privacidade se caracteriza por estar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública [*Tristán Donoso* (parágrafo 55); *Escher* (parágrafo 113)]. As restrições ao gozo e exercício do direito devem estar claramente previstas em lei (em sentido formal e material), perseguir um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, isto é, devem ser necessárias em uma sociedade democrática [*Tristán Donoso* (parágrafos 56 e 77); *Escher* (parágrafos 116 e 130)].

O acesso a dados armazenados em dispositivos eletrônicos apreendidos por forças policiais durante abordagens ou em flagrante delito implica uma ingerência no direito à privacidade, cuja

dispensa de prévia ordem judicial não se adequa ao teste tripartite acima mencionado. A ingerência abusiva ocorre seja no acesso ao conteúdo de comunicações, seja na verificação de outros dados a elas associados. No caso *Escher e outros vs Brasil*, a Corte IDH afirmou que a proteção do art. 11 da Convenção Americana compreende tanto conteúdo das comunicações quanto “qualquer outro elemento do processo comunicativo,” como os dados que identificam uma comunicação (ex: registros de chamadas) [parágrafo 114]. A Corte IDH ressaltou, ainda, que a fluidez informativa existente na atualidade coloca o direito à vida privada das pessoas em uma situação de maior risco, “devido à maior quantidade de novas ferramentas tecnológicas e à sua utilização cada vez mais frequente,” devendo o Estado “assumir um compromisso com o fim de adequar aos tempos atuais as fórmulas tradicionais de proteção do direito à vida privada” [parágrafo 115].

A matéria objeto da tese é abordada também, direta ou indiretamente, por diversos diplomas legais. Principiologicamente, predominam os dispositivos da Constituição Federal, da Lei de Interceptações e do Marco Civil da Internet, além, mais recentemente, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). O Art. 5º, XII, da Constituição Federal garante o sigilo de comunicações, ressaltando a possibilidade de “quebra” de comunicações telefônicas, mediante ordem judicial, para fins de investigação e instrução processual penal. O inciso X do mesmo art. 5º garante, ainda, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas naturais. A Lei de Interceptações (Lei n. 9.296/1996), por sua vez, em regulamentação do referido Art. 5º, XII, CFB, trata da quebra de sigilo do “fluxo de comunicações” mediante a colaboração de empresas de telecomunicações e/ou a instalação de grampos e escutas ambientais. Por sua vez, o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.695/14) estabelece a necessidade de ordem judicial (art. 7º, III) para o acesso a dados guardados por um intermediário (como provedores de aplicações). Merece menção aqui também a LGPD (Lei n. 13.709/18), que estabelece regras para o tratamento de dados pessoais no país, impondo seus princípios também à atividade de investigação e repressão de infrações penais (Art. 4º, III, d; IV, § 1º).

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão de 20/10/2020 no HC 168052, relatada pelo Min. Gilmar Mendes, declarou a nulidade de provas obtidas sem ordem judicial a partir do acesso ao celular de um homem abordado por policiais. Com base em conversas realizadas no aparelho por meio do aplicativo WhatsApp, a polícia procedeu a ação de busca e apreensão em sua residência, que resultou em sua prisão por tráfico de drogas. O ministro relator, em aplicação dos princípios da “proteção à intimidade e à vida privada, contida no art. 5º, X, da CF/88, e a exigência da observância ao princípio da proporcionalidade nas intervenções estatais nesses direitos”, além de menção à proteção à privacidade, aos dados pessoais, à vida privada, ao fluxo de comunicações e às comunicações privadas dos usuários da internet, estabelecidos pelo Marco Civil da Internet, decidiu por acatar o argumento de que tais dados somente podem ser acessados mediante prévia decisão judicial.

Neste julgado, o STF superou o entendimento de que haveria alguma diferença entre “fluxo de dados” e “dados armazenados”, esposado por parte da jurisprudência e pelo próprio STF até então. Com efeito, o HC 91.867/PA, julgado pelo STF em abril de 2012, que também defendia tal interpretação restritiva do art. 5º, XII da CFB, foi explicitamente reformado pela Corte na nova decisão de 2020. Na interpretação superada, “partia-se da compreensão que os dados em si não eram objeto de proteção, mas somente as comunicações realizadas.” A interpretação sofreu modificações em vista da crescente importância e centralidade das tecnologias digitais para os indivíduos e sociedade, de que se resulta a necessidade de protegê-la com maior zelo do que a ordem jurídica previa ser necessário há pouco menos de uma década. Nas palavras do relator, “esses avanços tecnológicos são importantes e devem ser utilizados para a segurança pública dos cidadãos e a elucidação de delitos. Contudo, deve-se ter cautela, limites e controles para não

transformar o Estado policial em um Estado espião e onipresente, conforme descrito por George Orwell em seu livro “1984”.

Trata-se, assim, de “típico caso de mutação constitucional”, em que “a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones leva, nos dias atuais, à solução distinta [da tomada anteriormente pela Corte].”

Entendimento similar foi proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de 19/04/2016, no HC 51.531/RO, e relatado pelo Min. Nefi Cordeiro, onde se decidiu que “ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de WhatsApp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.” Em seu voto, o Min. relator ressalta: “Nas conversas mantidas pelo programa WhatsApp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial”, também em aplicação dos diplomas legais trazidos pelo STF. A decisão do STJ é paradigmática, já que estabeleceu, pela primeira vez na jurisprudência superior do país, a proteção específica sobre informações armazenadas em dispositivos eletrônicos.

Os dois casos acima descritos estabelecem importante base jurídica para o entendimento acerca do acesso a dados de celulares nessas situações. Tratam-se, em resumo, de dados protegidos pelo sigilo de comunicações e pela proteção à vida privada (Art. 5º, X e XII da Constituição Federal), protegidos ainda pela ordem infraconstitucional de forma sistemática e principiológica, aplicando-se a eles o Art. 3º da Lei de Interceptações, que exige autorização judicial prévia para a “quebra” desse sigilo, e o Art. 7º, III, do Marco Civil da Internet, que estabelece o direito de “inviolabilidade e sigilo de comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”. A estes, adicionam-se os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, que também se aplicam às atividades de investigação e repressão de infrações penais (Art. 4º, § 1º da LGPD), tais como a autodeterminação informativa, a inviolabilidade da intimidade, e o respeito à privacidade.

Se a necessidade de ordem judicial é ponto central a esta tese, outro argumento correlato deve também ser abordado. Especificamente, deve-se rechaçar a tese de que o consentimento para acesso aos dados armazenados em celulares apreendidos nessas situações pode ser validamente concedido pelo sujeito de determinada abordagem policial, e, muito menos, que possa ser presumido de qualquer maneira.

Faz-se referência, aqui, a julgados de tribunais de justiça em que o consentimento foi considerado validamente concedido em vista da ausência de informação ou prova nos autos de que tenha ocorrido coação policial ou de que o acusado tenha se oposto ao acesso ao seu celular. Ou, ainda, a julgados onde o fornecimento da senha do aparelho pelo indivíduo foi considerado como indicativo suficiente de concessão do consentimento.

Este entendimento carece de fundamentação. Por se tratarem de dados pessoais legalmente protegidos, como se viu acima, e considerando-se a situação fática de sua obtenção (celulares apreendidos por forças policiais) e a finalidade de seu tratamento (instrução processual penal, ou como meio de prova penal) não se pode falar de obtenção de consentimento válido para seu tratamento, sendo a ordem judicial a única maneira legítima de acessá-los e tratá-los nessa hipótese. Isso porque a ordem jurídica brasileira dá ao consentimento para tratamento de dados pessoais importantes limites, com o intuito de empoderar o indivíduo, titular de dados, a controlar de maneira livre e informada o que é feito com suas informações pessoais. Trata-se, também, de decorrência do princípio da autodeterminação informativa, princípio estabelecido pelo Art. 2º,

II, da LGPD.

Mais concretamente, o Art. 7º, VII, do Marco Civil da Internet, assegura aos titulares o direito de “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei”. De forma similar, mesmo que o artigo específico não se aplique ao caso em apreço, o Art. 5º, XII, da LGPD, define o consentimento como uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.” As adjetivações do consentimento – “livre, informado e inequívoco”, ou “livre, expresso e informado” – buscam exatamente garantir a autodeterminação informativa do titular de dados e os princípios constitucionais e infraconstitucionais acima descritos. Nesse sentido, e como extensão da necessidade de o consentimento ser inequívoco ou expresso, a LGPD estabelece ainda que este deve ser concedido “por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular” (Art. 8º, caput), e o Marco Civil, ainda, que sua coleta deve “ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais” (Art. 7º, IX).

Em interpretação sistemática e principiológica do que se expôs até aqui, é clara a impossibilidade de obtenção de consentimento válido no caso de acesso a celulares apreendidos em flagrante delito ou abordagens policiais. Em primeiro lugar, não há que se falar em consentimento inequívoco ou expresso (tampouco por escrito), no caso de mero fornecimento de uma senha, e muito menos no caso de simples ausência de provas ou informações nos autos que apontem que ele não tenha sido concedido. Em segundo, há também óbvios vícios na possibilidade de o consentimento ser livre e informado. Afinal, trata-se de situação de uso de forças policiais e de ambiente muito provavelmente intimidatório, onde é discutível a autonomia do indivíduo de livremente consentir com o uso de seus dados pessoais, não havendo nessa situação, ainda, possibilidade razoável de o titular ser informado suficientemente sobre que uso será feito de seus dados pessoais.

Vai justamente nesse sentido o entendimento de “manifestação de vontade livre” no âmbito do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), regulação que inspirou a elaboração da LGPD brasileira. Segundo as diretrizes do Comitê Europeu de Proteção de Dados (European Data Protection Board), instância que reúne representantes das autoridades de proteção de dados do bloco europeu, o elemento ‘livre’ na qualificação do consentimento implica uma verdadeira possibilidade de escolha e controle para os titulares dos dados. Complementa que, como regra geral, o GDPR “prevê que se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, sentir-se coagido a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, então o consentimento não é válido.” O claro desequilíbrio de poder entre quem solicita acesso a informações pessoais e o titular dos dados é, portanto, situação que compromete a validade do consentimento. De forma relacionada, o consentimento não é considerado como fundamento suficiente para autorizar o tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, investigação ou repressão de infrações penais no âmbito da Diretiva da União Europeia 2016/680 (Law Enforcement Directive), destinada a regular o tratamento de dados pessoais para esses fins, o que se depreende do considerando 35 combinado ao artigo 8º da Diretiva.

Assim, o consentimento não pode servir de maneira a substituir a ordem judicial nesses casos. O argumento é especialmente fortalecido quando se considera o direito fundamental à não autoincriminação (Art. 5º, LVII da Constituição Federal). Não há que se falar em obtenção de consentimento para a finalidade de produzir provas contra si mesmo. Essa linha argumentativa é defendida pelo próprio STF no referido HC 168052 de 2020. Ali, frisa-se a necessidade de ordem judicial como único meio válido de acesso a tais dados: “Essas medidas [de acesso a aparelhos telefônicos e a residência de suspeitos] devem ser submetidas à prévia decisão judicial, enquanto garantia procedimental in concreto através da qual sejam analisados e registrados, especificamente, os

fundamentos que possam afastar os direitos fundamentais envolvidos. Ou seja, a existência de prévia decisão judicial é capaz de demonstrar a necessidade, adequação e proporcionalidade da pretensão dos órgãos de segurança de acesso aos dados, informações e residência dos suspeitos. Permite, ainda, o controle desses fundamentos.”

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Avanços tecnológicos têm impactado diretamente as atividades de investigação e persecução penal. A multiplicação de dispositivos conectados à internet tem tornado o acesso a dados armazenados em dispositivos ou por eles acessados uma importante questão quanto às condições de sua obtenção e utilização para fins de instrução processual.

Especificamente quanto ao acesso a dados armazenados em dispositivos eletrônicos apreendidos em abordagens policiais ou situações de flagrante delito, e ao seu uso para fins de instrução processual penal, a jurisprudência nacional tem encontrado diferentes interpretações, não obstante a existência de precedentes nos tribunais superiores do país que exigem ordem judicial para que o procedimento seja possível.

Diante disso, é certo que o suposto consentimento do titular dos dados não substitui a necessidade de ordem judicial, a qual constitui o único meio válido de acesso às informações.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A operacionalização seguirá caso a caso. De forma geral, deverão ser consideradas nulas quaisquer provas obtidas sem ordem judicial prévia a partir de dados armazenados em dispositivos apreendidos em flagrante delito ou abordagens policiais, assim como outras provas delas resultantes. Não se poderá coletar ou presumir o consentimento do investigado nesses casos.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOVER.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ____ª VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

XX

XX

XX

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyy, residente e domiciliado/a na Rua yyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyy, telefone(s) xxxx, *e-mail* xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

A presente ação questiona a utilização de dados em instrução processual penal obtidos sem ordem judicial prévia, em frontal violação aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais sobre a matéria. Com efeito, na hipótese dos autos, a autoridade policial acessou dados armazenados no dispositivo eletrônico do autor sem autorização de um juízo competente,

o que não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse sentido, é fundamental notar que a Constituição Federal Brasileira garante o sigilo das comunicações, ressalvando a possibilidade de “quebra” de comunicações telefônicas, **mediante ordem judicial**, para fins de investigação e instrução processual penal (art. 5º, XII). Ainda a nível constitucional, é garantida a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas naturais (art. 5º, X).

Concretizando os mandamentos constitucionais, especialmente o disposto no art. 5º, XII, a Lei de Interceptações (Lei n. 9.296/1996) trata da quebra de sigilo do “fluxo de comunicações” mediante a colaboração de empresas de telecomunicações e/ou a instalação de grampos e escutas ambientais. Por sua vez, o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.695/14) estabelece a necessidade de ordem judicial (art. 7º, III) para o acesso a dados guardados por um intermediário (como provedores de aplicações). Além disso, a LGPD (Lei n. 13.709/18) estabelece regras para o tratamento de dados pessoais no país, impondo seus princípios também à atividade de investigação e repressão de infrações penais (Art. 4º, III, d; IV, § 1º).

Como se percebe, o ordenamento pátrio tutela a privacidade e a proteção dos dados pessoais como valores fundamentais. A atuação da autoridade policial no presente caso é manifestamente inconstitucional e ilegal.

Abaixo, serão apresentadas as razões específicas que conduzem à conclusão de invalidade do uso dos dados do autor para fins de instrução processual penal. Em primeiro lugar, será abordada a jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil quanto à matéria. Na sequência, a presente ação trata da impossibilidade de obtenção ou presunção de consentimento do investigado, titular de dados, nesses casos. Por fim, serão analisadas as garantias em questão no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1. Do entendimento do STF e do STJ - nulidade da medida

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão de 20/10/2020 no HC 168052, relatada pelo Min. Gilmar Mendes, declarou a nulidade de provas obtidas sem ordem judicial a partir do acesso ao celular de um homem abordado por policiais. Com base em conversas realizadas no aparelho por meio do aplicativo WhatsApp, a polícia procedeu a ação de busca e apreensão em sua residência, que resultou em sua prisão por tráfico de drogas. O ministro relator, em aplicação dos princípios da proteção à intimidade e à vida privada, bem como ao princípio da proporcionalidade nas intervenções estatais, decidiu por acatar o argumento de que tais dados somente podem ser acessados mediante prévia decisão judicial.

Como se percebe, a hipótese é similar à discutida na presente ação. O STF reconheceu expressamente a necessidade de ordem judicial para que seja possível à autoridade policial acessar os dados armazenados contidos no celular do investigado. Vale destacar que, no julgado mencionado, a Corte superou o entendimento de que haveria alguma diferença entre “fluxo de dados” e “dados armazenados”, esposado por parte da jurisprudência e pelo próprio STF até então.

Com efeito, o HC 91.867/PA, julgado pelo STF em abril de 2012, que também defendia tal interpretação restritiva do art. 5º, XII da CFB, foi explicitamente reformado pela Corte na nova decisão de 2020. Na interpretação superada, “partia-se da compreensão que os dados em si não eram objeto de proteção, mas somente as comunicações realizadas”. A interpretação sofreu modificações em vista da crescente importância e centralidade das tecnologias digitais para os

indivíduos e sociedade, de que se resulta a necessidade de protegê-la com maior zelo do que a ordem jurídica previa ser necessário há pouco menos de uma década. Nas palavras do relator, “esses avanços tecnológicos são importantes e devem ser utilizados para a segurança pública dos cidadãos e a elucidação de delitos. Contudo, **deve-se ter cautela, limites e controles para não transformar o Estado policial em um Estado espião e onipresente**, conforme descrito por George Orwell em seu livro ‘1984’ (*grifos nossos*).

Trata-se, assim, de “típico caso de mutação constitucional”, em que “a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones leva, nos dias atuais, à solução distinta [da tomada anteriormente pela Corte].”

Entendimento similar foi proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de 19/04/2016, no HC 51.531/RO, e relatado pelo Min. Nefi Cordeiro, onde se decidiu que “ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de WhatsApp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.” Em seu voto, o Min. relator ressalta: “Nas conversas mantidas pelo programa WhatsApp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. **É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial**” (*grifos nossos*), também em aplicação dos diplomas legais trazidos pelo STF. A decisão do STJ é paradigmática, já que estabeleceu, pela primeira vez na jurisprudência superior do país, a proteção específica sobre informações armazenadas em dispositivos eletrônicos.

Como se vê, os dois casos acima descritos estabelecem importante base jurídica para o entendimento acerca do acesso a dados de celulares nessas situações. Trata-se, em resumo, de dados protegidos pelo sigilo de comunicações e pela proteção à vida privada (Art. 5º, X e XII da Constituição Federal), e ainda pela ordem infraconstitucional de forma sistemática e principiológica, aplicando-se a eles o Art. 3º da Lei de Interceptações, que exige autorização judicial prévia para a “quebra” desse sigilo, e o Art. 7º, III, do Marco Civil da Internet, que estabelece o direito de “inviolabilidade e sigilo de comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”. A estes, adicionam-se os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, que também se aplicam às atividades de investigação e repressão de infrações penais (Art. 4º, § 1º da LGPD), tais como a autodeterminação informativa, a inviolabilidade da intimidade, e o respeito à privacidade.

2. Da impossibilidade de obtenção ou presunção de consentimento do investigado

Se a necessidade de ordem judicial é ponto central da matéria discutida na presente ação, outro argumento correlato deve também ser abordado. De maneira específica, deve-se rechaçar a tese de que o consentimento para acesso aos dados armazenados em celulares apreendidos nessas situações pode ser validamente concedido pelo sujeito de determinada abordagem policial, e, muito menos, que possa ser presumido de qualquer maneira.

Faz-se referência, nesse ponto, a julgados de tribunais de justiça em que o consentimento foi considerado validamente concedido em vista da ausência de informação ou prova nos autos de que tenha ocorrido coação policial ou de que o acusado tenha se oposto ao acesso ao seu celular. Ou, ainda, a julgados onde o fornecimento da senha do aparelho pelo indivíduo foi considerado como indicativo suficiente de concessão do consentimento.

Com todas as vênias, este entendimento não possui fundamentação idônea. Por se tratarem de dados pessoais legalmente protegidos, como se viu acima, e considerando-se

a situação fática de sua obtenção (celulares apreendidos por forças policiais) e a finalidade de seu tratamento (instrução processual penal, ou como meio de prova penal) não se pode falar de obtenção de consentimento válido para seu tratamento, sendo a ordem judicial a única maneira legítima de acessá-los e tratá-los nessa hipótese.

Como se viu, a ordem jurídica brasileira dá ao consentimento para tratamento de dados pessoais importantes limites, com o intuito de empoderar o indivíduo, titular de dados, a controlar de maneira livre e informada o que é feito com suas informações pessoais. Trata-se, também, de decorrência do princípio da autodeterminação informativa, princípio estabelecido pelo Art. 2º, II, da LGPD.

De maneira ainda mais concreta, o Art. 7º, VII, do MCI assegura aos titulares o direito de “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei”. De forma similar, mesmo que o artigo específico não se aplique ao caso em apreço, o Art. 5º, XII, da LGPD, define o consentimento como uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.” As adjetivações do consentimento – “livre, informado e inequívoco”, ou “livre, expresso e informado” – buscam exatamente garantir a autodeterminação informativa do titular de dados e os princípios constitucionais e infraconstitucionais já mencionados na presente ação.

Nesse sentido, e como extensão da necessidade de o consentimento ser inequívoco ou expresso, a LGPD estabelece que este deve ser concedido “por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular” (Art. 8º, caput), e o Marco Civil, ainda, que sua coleta deve “ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais” (Art. 7º, IX).

Em interpretação sistemática e principiológica do que se expôs até aqui, é nítida a impossibilidade de obtenção de consentimento válido no caso de acesso a celulares apreendidos em flagrante delito ou em abordagens policiais. Em primeiro lugar, não há que se falar em consentimento inequívoco ou expresso (tampouco por escrito), no caso de mero fornecimento de uma senha, e muito menos no caso de simples ausência de provas ou informações nos autos que apontem que ele não tenha sido concedido.

Em segundo, há também óbvios vícios na possibilidade de o consentimento ser livre e informado. Afinal, trata-se de situação de uso de forças policiais e de ambiente muito provavelmente intimidatório, onde é discutível a autonomia do indivíduo de livremente consentir com o uso de seus dados pessoais, não havendo nessa situação, ainda, possibilidade razoável de o titular ser informado suficientemente sobre que uso será feito de seus dados pessoais.

É nesse sentido o entendimento de “manifestação de vontade livre” no âmbito do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), regulação que inspirou a elaboração da LGPD brasileira. Segundo as diretrizes do Comitê Europeu de Proteção de Dados (European Data Protection Board), instância que reúne representantes das autoridades de proteção de dados do bloco europeu, o elemento “livre” na qualificação do consentimento implica uma verdadeira possibilidade de escolha e controle para os titulares dos dados. Complementa que, como regra geral, o GDPR “prevê que se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, sentir-se coagido a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, então o consentimento não é válido”.

Há um claro desequilíbrio de poder entre quem solicita acesso a informações pessoais e o titular dos dados, o que evidentemente compromete a validade do consentimento. De forma

relacionada, o consentimento não é considerado como fundamento suficiente para autorizar o tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, investigação ou repressão de infrações penais no âmbito da Diretiva da União Europeia 2016/680 (Law Enforcement Directive), destinada a regular o tratamento de dados pessoais para esses fins, o que se depreende do considerando 35 combinado ao artigo 8º da Diretiva.

Assim, o consentimento não pode servir de maneira a substituir a ordem judicial nesses casos. O argumento é especialmente fortalecido quando se considera o direito fundamental à não autoincriminação (Art. 5º, LVII da Constituição Federal). Afinal, não há que se falar em obtenção de consentimento para a finalidade de produzir provas contra si mesmo.

Essa linha argumentativa é defendida pelo próprio STF no referido HC 168052 de 2020. Ali, frisa-se a necessidade de ordem judicial como único meio válido de acesso a tais dados: “Essas medidas [de acesso a aparelhos telefônicos e a residência de suspeitos] **devem ser submetidas à prévia decisão judicial**, enquanto garantia procedimental in concreto através da qual sejam analisados e registrados, especificamente, os fundamentos que possam afastar os direitos fundamentais envolvidos. Ou seja, **a existência de prévia decisão judicial é capaz de demonstrar a necessidade, adequação e proporcionalidade da pretensão dos órgãos de segurança de acesso aos dados, informações e residência dos suspeitos**. Permite, ainda, o controle desses fundamentos” (*grifos nossos*).

2. Do entendimento no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Como se viu, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros exige ordem judicial para que a autoridade policial possa acessar dados contidos em dispositivos eletrônicos. Nesses termos, o entendimento do STF e do STJ está em consonância com os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), como se passa a expor.

A proteção à vida privada é consagrada no art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto n. 678/1992. O art. 11.2 estabelece que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou correspondência. Já o art. 11.3 garante a proteção da lei contra tais ingerências.

A jurisprudência da Corte IDH estendeu o entendimento de “correspondência” a outras formas de comunicação, como as conversas telefônicas, nos casos *Tristán Donoso vs Panamá* e *Escher e outros vs Brasil* [*Tristán Donoso* (parágrafo 55); *Escher* (parágrafo 114)]. Assim, a Corte IDH retomou o argumento de que o âmbito da privacidade se caracteriza por estar isento e imune às invasões e agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública [*Tristán Donoso* (parágrafo 55); *Escher* (parágrafo 113)]. As restrições ao gozo e exercício do direito devem estar claramente previstas em lei (em sentido formal e material), perseguir um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, isto é, devem ser necessárias em uma sociedade democrática [*Tristán Donoso* (parágrafos 56 e 77); *Escher* (parágrafos 116 e 130)].

O acesso a dados armazenados em dispositivos eletrônicos apreendidos por forças policiais durante abordagens ou em flagrante delito implica uma ingerência no direito à privacidade, cuja dispensa de prévia ordem judicial não se adequa ao teste tripartite acima mencionado. A ingerência abusiva ocorre seja no acesso ao conteúdo de comunicações, seja na verificação de outros dados a elas associados.

Com efeito, no caso *Escher e outros vs Brasil*, a Corte IDH afirmou que a proteção do art. 11 da Convenção Americana compreende tanto conteúdo das comunicações quanto “qualquer outro elemento do processo comunicativo,” como os dados que identificam uma comunicação (ex: registros de chamadas) [parágrafo 114]. A Corte IDH ressaltou, ainda, que a fluidez informativa existente na atualidade coloca o direito à vida privada das pessoas em uma situação de maior risco, “devido à maior quantidade de novas ferramentas tecnológicas e à sua utilização cada vez mais frequente,” devendo o Estado “assumir um compromisso com o fim de adequar aos tempos atuais as fórmulas tradicionais de proteção do direito à vida privada” [parágrafo 115].

Diante do exposto, a Defensoria Pública do Estado de São requer que este MM. Juízo anule toda e qualquer prova obtida pela autoridade policial a partir do acesso irregular aos dados armazenados no dispositivo eletrônico do autor. Como se demonstrou de maneira ampla, a ausência de ordem judicial autorizando a medida implica em sua completa invalidade, em nome da privacidade, da intimidade, da proteção dos dados pessoais, da presunção de inocência e do direito à não autoincriminação.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito,
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - **MODELO DE PEÇA**

CRIMINAL

6. PROPOSTA DE TESE

Súmula: São nulas as provas produzidas a partir de ordens e requisições baseadas em geolocalização que não individualizarem suspeitos.

ASSUNTO

A tese trata da nulidade de provas produzidas a partir de técnicas investigativas especulativas ligadas à requisição de dados locais conhecidas como geofencing, tower dumps, busca contrária, dentre outros nomes. As técnicas consistem, em suma, no acesso a dados de geolocalização de pessoas não-determinadas que tenham passado por determinado local de interesse para a autoridade investigativa, de maneira a lhes informar sobre quais pessoas se encontravam em tal espaço nos momentos apontados pelo investigador. Por não individualizarem a pessoa a ser investigada, as provas produzidas a partir de tais investigações ferem a presunção de inocência, o devido processo legal e a proteção constitucional à privacidade, além da sistemática infraconstitucional de proteção de dados e as previsões do Código de Processo Penal, do Marco Civil de Internet, e da Lei de Interceptações, sendo nulas de pleno direito.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos (Art. 4º, VIII, LC 80/1994).

Exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009). (Art. 4º, V, LC 80/1994).

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A coleta de dados pessoais para fins de investigação deve harmonizar-se com os ditames constitucionais da proteção à privacidade (Art. 5º, X, Constituição Federal Brasileira - CFB) e a presunção de inocência (Art. 5, LVII, CFB). A limitação do direito só pode se dar, em nome do interesse público na investigação criminal, em situações específicas e legalmente pré-determinadas, atendidos requisitos de necessidade e proporcionalidade.

Nesse contexto, o Direito brasileiro conhece diferentes e específicas maneiras para acesso a dados pessoais por autoridades públicas para fins de investigações criminais.

A Lei das Interceptações Telefônicas (LIT) autoriza a quebra de sigilo e “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática” em determinadas hipóteses, proibindo-a caso não haja “indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal” (Art. 2, I, LIT).

Já o Código de Processo Penal (CPP) admite buscas pessoais apenas mediante fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou material que constitua corpo delito (art. 240, §2º). Isto é: a abordagem policial sobre pessoas que simplesmente transitam em ruas ou estão em certos lugares apenas pode ocorrer mediante justa causa.

Em seu art. 13-B, o CPP estabelece ainda que “se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia

poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso”, prescindindo da autorização judicial, conforme §4º desse mesmo artigo, caso não haja manifestação judicial dentro de 12 horas.

Deve-se mencionar também, mesmo não se tratando do objeto direto desta tese, que há controvérsia quanto à constitucionalidade da requisição sob o Art. 13-B do CPP sem autorização judicial, assim como quanto à temporalidade dos dados que são seu objeto – somente dados em tempo real, e não dados pretéritos, poderiam ser solicitados sob essa norma, argumenta-se, dada sua função de localização de autores de um crime em curso, em situação flagrancial. (No primeiro caso, vide Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5642 perante o STF, e, no segundo, vide Habeas Corpus nº 247331, perante o STJ.).

O Marco Civil da Internet, por sua vez, estabelece mecanismos para acessos a dados cadastrais e registros de IP. Seu art. 10, caput, estabelece que a disponibilização de dados pessoais associados a comunicações deve atender à preservação da intimidade e da vida privada das partes envolvidas. A previsão de requisitos de admissibilidade para pedidos de requisição judicial de registros no art. 22, parágrafo único, não exclui outros requisitos aplicáveis à matéria e decorrentes da proteção reafirmada no art. 10, caput, do mesmo diploma. Neste sentido, o Decreto nº 8.771/2016, que regulamenta o Marco Civil da Internet, explicita a proibição de pedidos coletivos “genéricos ou inespecíficos” de dados cadastrais (art. 11, § 3º). Vale frisar que os dados de geolocalização são particularmente sensíveis entre os dados associados às comunicações se comparados aos dados cadastrais e aos registros diretamente citados no art. 22 do Marco Civil, que, em geral e de forma agregada, já possuem o potencial de revelar aspectos relevantes do comportamento, relacionamentos e preferências de uma pessoa. Em nenhum momento se planejou conferir uma prerrogativa ampla de acesso a qualquer dado no MCI, muito menos de coletividades de pessoas; pelo contrário: a proteção da privacidade na internet e através de aplicações é um dos pilares fundamentais da legislação.

Essas maneiras de obtenção de dados devem ainda ser vistas em conjunto com outros diplomas infraconstitucionais que tocam a matéria e que buscam conter novos tipos de ameaças decorrentes do processamento, compartilhamento e gerenciamento de bases de dados pessoais. A despeito de o regime estabelecido pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) não se aplicar em sua integralidade ao processamento de dados pessoais para fins de segurança pública (Art. 4º, III, a, LGPD), impõe, também para essa finalidade, a aplicação de seus princípios e os direitos dos titulares de dados previstos na referida lei (Art. 4º, §1º, LGPD), bem como admite requisição de relatório de impacto à proteção de dados (Art. 4º, §3º, LGPD). O direito à proteção de dados pessoais possui também fundamento constitucional, de onde já decorre diretamente sua eficácia, inclusive no campo penal. Em decisão sobre a Medida Provisória nº 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de usuários por prestadoras de serviços de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de tutela constitucional dos direitos fundamentais à privacidade, à intimidade, à proteção de dados pessoais, à dignidade da pessoa humana e à autodeterminação informativa. Não se podem afastar, assim, de nenhuma maneira, princípios como a proporcionalidade, adequação, necessidade, transparência etc., inclusive nas atividades voltadas à segurança pública e a investigações criminais.

Em suma, temos, no caso particular previsto no CPP, a possibilidade de obtenção de dados de localização referentes a crime de tráfico de pessoas em curso, de forma que se permita a localização da vítima e dos suspeitos, e, no caso da LIT, a possibilidade de interceptação de comunicações

em determinados casos, contanto que haja indícios razoáveis de autoria do crime que se quer investigar. Em análise sistemática com outros diplomas infraconstitucionais, com o paradigma constitucional e com compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito da proteção de direitos humanos, deve-se interpretar tais formas de obtenção de dados à luz da vedação de pedidos genéricos, do princípio da necessidade no tratamento de dados pessoais, segundo o qual somente os dados efetivamente necessários para determinada finalidade podem ser utilizados, o princípio da proporcionalidade, dentre outros relevantes. Ressalte-se que o Marco Civil da Internet deixa claro a proteção de dados pessoais, na forma da lei, como um de seus princípios no art. 3o, III, em complemento à proteção à privacidade.

Deve ainda valer a sistemática de sopesamento dos direitos fundamentais colocados em jogo: quanto mais invasivo à privacidade for o pedido, maior tem de ser a suspeita sobre o indivíduo investigado ou a gravidade do crime, em respeito à proteção constitucional à privacidade; e, além disso, em respeito à presunção de inocência, deve a autoridade policial ser capaz de provar a razoável suspeita sobre a pessoa cujos dados serão coletados.

A “busca reversa” consiste na requisição de dados pessoais de pessoas indeterminadas, onde se solicita a localização (e, frequentemente, outros dados pessoais como nomes, identificadores únicos como IMEIs, e-mails etc.) de todos os dispositivos eletrônicos que se encontraram em determinado local num momento pré-determinado. No caso, o acesso a dados pessoais ocorre para determinar quem será o suspeito; tratando-se, assim, de inversão descabida da letra da lei e do sistema constitucional brasileiro. Conceder ao Estado acesso amplo e não individualmente justificado a tais informações é abrir espaço para abuso de poder típico de sociedades autoritárias. Sintomaticamente, não há previsão legal nem nunca foi objeto de debate democrático a possibilidade de que pessoas estejam sujeitas a abordagens e inquirições apenas porque seu dispositivo celular informa que habitam, trabalham, estudam ou de qualquer outro modo tenham transitado em certa localidade. Muito menos que isso as torne pessoas de interesse em investigação, expostas a ter seu sigilo ainda mais incisivamente violado de forma oculta, sem oportunidade de defesa nem ciência e em formato de fishing expedition.

O acesso indiscriminado a dados de incontáveis pessoas não relacionadas ao crime investigado importa em injustificada violação à privacidade de tais pessoas, além de ataque à presunção de inocência. Isso principalmente porque as pessoas alvo da medida não têm, naturalmente, consciência da coleta de dados em curso – e que, assim, sem saber, podem durante a coleta estarem produzindo provas contra si mesmas. Mais concretamente, vemos se tratar de patente violação do que é previsto verbalmente no CPP e na LIT, dada a não individualização do suspeito que se quer atingir. Portanto, toda interceptação, requisição, compartilhamento e quebra de sigilo de dados deve ter fundamentação clara, tanto no respeito à estrita letra da lei quanto na justificativa a que se chega após efetivo sopesamento entre o interesse público na investigação criminal e os sensíveis riscos que se apresentam aos direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados pessoais.

Deve-se ressaltar também a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), diplomas que vedam a autoincriminação compulsória.

A proteção contra ingerências arbitrárias e abusivas à vida privada também é consagrada na Convenção Americana (art. 11) e no PIDCP (art. 17). Tal proteção se estende às comunicações privadas e aos dados associados a tais comunicações, em que se enquadram os dados de geolocalização e outros relativos à identificação de dispositivos requeridos a operadoras de telefonia móvel ou provedores de aplicação de Internet. Como ressaltado pela Ministra Carmen Lúcia em seu voto

no referendo à decisão cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390, 6.393 “em caso de restrição ao direito à privacidade, o Direito Internacional dos Direitos Humanos exige seja determinada o limite legalmente definido, apenas se legitimando se for para alcançar objetivo legítimo (...), e desde que se qualifique como necessária e proporcional ao objetivo buscado.” Com efeito, a aplicação do teste tripartite à verificação da legitimidade de ingerências à privacidade no âmbito das comunicações foi afirmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nos casos *Tristán Donoso vs Panamá* e *Escher e outros vs Brasil*.

Ao detalhar os requisitos de necessidade e proporcionalidade no Parecer Consultivo OC-5/85, a Corte IDH destacou que não é suficiente demonstrar que a restrição cumpre um propósito útil ou oportuno, mas deve ser justificada de acordo com um objetivo legítimo que prepondere claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito e não limite mais do que estritamente necessário o direito protegido. No que toca ao acesso a dados associados às comunicações, Relatores Especiais para a Liberdade de Expressão das Nações Unidas e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) repetidamente salientaram que a vigilância massiva não atende ao requisito da proporcionalidade, mesmo que sirva a um propósito legítimo (ONU, A/HRC/27/37, parágrafo 25); CIDH/RELE/INF.17/17, parágrafos 222 e 223). Ainda que a “busca reversa” delimite uma área geográfica e um período de tempo, ela pode atingir centenas ou milhares de pessoas que não são suspeitas de prática de crime e que não possuem relação com o fato delitivo para além de terem passado em determinado local em um intervalo específico de tempo.

Ressalte-se que a Assembleia Geral, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e os titulares de mandatos de procedimentos especiais reconheceram que a privacidade é uma porta de entrada para o gozo de outros direitos, particularmente a liberdade de opinião e expressão (ver resolução 68/167 da Assembleia Geral, A/HRC/13/37 e resolução 20/8 do Conselho de Direitos Humanos), o que também se aplica à proteção de dados pessoais. Por exemplo, há casos de realização de “buscas reversas” para a identificação de pessoas no contexto de protestos sociais. Em maio de 2020, nas manifestações em reação ao assassinato de George Floyd nos EUA, a polícia de Minneapolis acessou informações de todos que estavam próximos a uma loja em que houve depredação no dia 27 de maio. Solicitação semelhante foi feita no Chile em novembro de 2019, no âmbito de investigações dos responsáveis por ataques a estações de Metrô que foram o estopim do período de manifestações sociais naquele país no final de 2019. De fato, dados de geolocalização são emblemáticos em sua relação com a revelação de informações sensíveis, associadas ao exercício de outros direitos humanos e fundamentais. Além de direitos de associação e reunião, servem a inferências relacionadas à religião, à orientação sexual, ao estado de saúde de uma pessoa, entre outros.

Essa interpretação é ainda mais necessária quando se analisa a profunda intimidade relacionada ao dado de localização, assim como o fato de que pedidos de geofencing raramente se limitam a somente os dados locais. Com a ubiquidade e uso constante de dispositivos móveis, em especial smartphones, o rastro contínuo de informações pessoais deixado por sua utilização pode revelar aspectos íntimos da identidade digital de seu titular, desde sua moradia a seus costumes, renda, pessoas com quem se encontra etc.

Com isso, ganha especial relevância o papel exercido pelo poder público – na figura também do Poder Judiciário e em especial da Defensoria Pública – na proteção ao acesso aos dados gerados nessas situações, não se devendo abrir mão do efetivo sopesamento das garantias e proteções caras ao Estado de Direito com a necessidade pública da investigação criminal.

Assim, é de suma importância que não sejam aceitas provas obtidas a partir de pedidos de dados que não individualizem os suspeitos. De maneira a preservar o respeito à privacidade e à intimidade, assim como à presunção de inocência, o respeito à letra da lei e da sistemática infraconstitucional da proteção de dados, e, ainda, de maneira a desestimular o acesso irrestrito a dados em claro abuso de poder típico do autoritarismo, todas as provas obtidas dessa maneira devem ser consideradas nulas de pleno direito.

Em decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, tem sido recorrente o entendimento de que o Marco Civil da Internet não exige individualização das pessoas alcançadas na decisão que requisita dados armazenados em provedores de internet. É o caso do Recurso em Mandado de Segurança nº 59716 - RS (2018/0342755-1), do Recurso em Mandado de Segurança nº 65242 - SP (2020/0325548-2) e do Recurso em Mandado de Segurança nº 61419 - SE (2019/02122818-0). Tal entendimento é no entanto equivocado, considerando que a elaboração do MCI ocorreu, e sua interpretação deve se dar, à luz das regras e princípios aqui já elencados, isto é, a preservação do sigilo, da intimidade, da vida privada e dos dados pessoais dos indivíduos. Ademais, a aplicação da medida para crimes de menor gravidade, como roubos e furtos, evidencia a desproporcionalidade da “busca reversa” diante dos fatos que se busca investigar. Nesta linha, outras decisões refletem a importância de conter pedidos genéricos. Em decisão pela concessão de pedido de tutela provisória, proferida pelo Min. Antônio Saldanha Palheiro do Superior Tribunal de Justiça (Nº 292 - SP (2017/0034057-6), decidiu-se pela suspensão de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que mantinha ordem de quebra de sigilo com base em coordenadas geográficas sem identificação dos suspeitos. No entanto, o Recurso em Mandado de Segurança Nº 54133 - SP (2017/0118345-8) no âmbito do qual se deu a referida decisão liminar não foi ainda julgado quanto ao mérito.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Os mandados de coleta de dados de localização via “busca contrária” envolvem técnicas de investigação relativamente novas utilizadas para tentar identificar um suspeito. Ao contrário do que tradicionalmente se faz, de individualizar os suspeitos antes da coleta de seus dados, nesses casos de “busca contrária”, os dados de localização de todos os dispositivos que se encontravam em determinada área geográfica durante um período específico são solicitados. Aparelhos móveis como smartphones, computadores e tablets conectam-se a redes WiFi ou às Estações Rádio Base para que possam acessar à internet ou à rede telefônica, e a localização física de tais pontos de acesso, conjuntamente com o acesso a novos pontos, mais próximos, quando da movimentação do usuário, permitem que se estime sua localização ao longo do tempo. Dispositivos móveis possuem, ainda, outros sensores capazes de estimar a sua localização, como GPS e Bluetooth.

Frequentemente, requisitam-se também dados identificadores dos referidos aparelhos, tal como IMEIs, nome de seus titulares, contas de e-mail e até senhas de acesso aos celulares. A técnica investigativa permite que as autoridades policiais examinem os dados pessoais de diversos indivíduos não relacionados ao crime para, então, tentar identificar dispositivos que possam ter relação com a investigação.

Como apontado acima, trata-se de situação com claros riscos de invasão à privacidade dos detentores dos dispositivos rastreados. Sendo o celular o ponto focal da vida moderna, onde toda atividade encontra algum rastro – das mais íntimas às mais profissionais, especial cuidado deve ser tomado com as possibilidades de acesso a suas informações por agentes estatais, em especial sem a ciência do atingido.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A operacionalização seguirá caso a caso. De forma geral, deverão ser consideradas nulas quaisquer provas obtidas a partir de pedidos de obtenção de dados que não individualizarem os suspeitos.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOUVER.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ____ª VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

XX

XX

XX

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, *e-mail* xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

A presente ação questiona a quebra do sigilo telemático sobre dados pessoais de usuários inocentes e insuspeitos. De maneira específica, a ordem determina a realização da “busca reversa”, por meio da qual a autoridade investigativa pretende ter acesso a informações de pessoas indeterminadas que tenham passado no local e horário de interesse indicados. Trata-se, nesses termos, de um procedimento coletivo e exploratório, extremamente lesivo aos direitos dos usuários atingidos.

Nesse sentido, a quebra de sigilo discutida no presente caso implica em uma varredura generalizada de dados pessoais em busca de usuários desconhecidos. Constitui, assim, flagrante inversão descabida da lei, do sistema constitucional brasileiro e do ordinário das investigações criminais: ao invés da requisição de dados sobre suspeitos identificados, busca-se o acesso a uma gama massiva de informações para determinar quem então será o sujeito investigado.

Como se sabe, a Constituição Federal Brasileira tutela a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, do sigilo de dados e da proteção de dados pessoais (art. 5º, X e XII), bem como a presunção de inocência (Art. 5, LVII). Contrariamente a essas garantias constitucionais, a quebra de sigilo discutida nos autos busca fazer uma pescaria de pessoas insuspeitas e inocentes para averiguação criminal (fishing expedition), de maneira oculta, sem que os atingidos tenham a oportunidade de se defender. Trata-se, nesses termos, de um exercício de tentativa e erro por meio do qual usuários inocentes têm sua privacidade esvaziada e se tornam alvos de medidas coercitivas simplesmente porque seus celulares reportaram localizam em determinada área, durante um período específico.

Possibilitar à autoridade investigativa o acesso irrestrito a dados pessoais de pessoas indeterminadas implica abrir espaço para abuso de poder típico de um Estado policial, em que os aparelhos celulares são transformados em ferramentas de vigilância. Afinal, a legislação brasileira não prevê a “busca reversa”, procedimento que tampouco foi objeto democrático. Esse ponto será aprofundado no item que segue. Na sequência, será abordada a lesividade da medida para os direitos fundamentais dos atingidos pela medida.

1. Da ausência de permissão legal para a “busca reversa”

O ordenamento jurídico brasileiro prevê diferentes e específicos procedimentos para que as autoridades públicas acessem dados pessoais no âmbito de investigações criminais. Em nenhuma dessas hipóteses, contudo, há a previsão de quebras de sigilo genéricas, direcionadas a alvos indeterminados.

Nesse sentido, e em primeiro lugar, a Lei das Interceptações Telefônicas (LIT) permite a “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática” em determinadas hipóteses, proibindo-a caso não haja “indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal” (art. 2, I, LIT).

Em segundo lugar, o Código de Processo Penal (CPP) admite buscas pessoais apenas mediante fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou material que constitua corpo delito (art. 240, §2º). Ou seja, é fundamental a justa causa para que seja possível a abordagem policial sobre pessoas que simplesmente transitam em determinados lugares.

Em terceiro lugar, o CPP determina que “se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso”, prescindindo da autorização judicial, conforme §4º desse mesmo artigo, caso não haja manifestação judicial dentro de 12 horas.¹

Em suma, temos, no caso particular previsto no CPP, a possibilidade de obtenção de dados de localização referentes a crime de tráfico de pessoas em curso, de forma que se permita a localização da vítima e dos suspeitos, e, no caso da LIT, a possibilidade de interceptação de comunicações em determinados casos, contanto que haja indícios razoáveis de autoria do crime que se quer investigar.

Por fim, e em quarto lugar, o Marco Civil da Internet (MCI) reconhecendo a proteção da privacidade e do sigilo de dados como princípios gerais da internet e como direitos dos usuários (arts. 3º, 7º, e 8º), permite o fornecimento de registros de conexão (art. 5º, VI) e de acesso a aplicações (art. 5º, VIII) de usuário envolvido em ato ilícito praticado pela internet, mas exige de maneira expressa ordem judicial baseada em fundados indícios de ato ilícito e justificativa motivada da utilidade dos dados requeridos (art. 22).

Nesse contexto, o Decreto nº 8.771/2016, que regulamenta o MCI, é ainda mais explícito ao vedar “pedidos genéricos ou que sejam inespecíficos”, determinando que pedidos de quebra de sigilo de dados cadastrais “devem especificar os indivíduos cujos dados estão sendo requeridos e as informações desejadas” (art. 11, § 3º).

Como se percebe, nenhuma das quatro hipóteses previstas na legislação brasileira admite a possibilidade de que o mero ato de se conectar à internet em certo local, por si só, possa levar uma pessoa a ser criminalmente investigada. Pelo contrário: o ordenamento pátrio estabelece uma relação necessária entre uso de dados pessoais em investigações, de um lado, e elementos que demonstrem o potencial envolvimento do indivíduo afetado em atividades ilegais, de outro.

É importante destacar, nesse contexto, que os dados de geolocalização são particularmente sensíveis entre os dados associados às comunicações se comparados aos dados cadastrais e aos registros diretamente citados no art. 22 do MCI. Com efeito, o MCI não tem a pretensão de expandir a possibilidade de requisição de dados para além dos registros de acesso e de conexão - os quais já possuem o potencial de relevar aspectos sensíveis do comportamento, relacionamentos e preferências de uma pessoa. Mais do que isso: em nenhum momento se

1 É fundamental notar a existência de controvérsia quanto à constitucionalidade da requisição sob o art. 13-B do CPP sem autorização judicial, assim como quanto à temporalidade dos dados que são seu objeto (no primeiro caso, vide Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5642 perante o STF, e, no segundo, vide Habeas Corpus nº 247331, perante o STJ).

planejou conferir uma prerrogativa ampla de acesso a qualquer dado no MCI, muito menos de coletividades de pessoas.

As hipóteses aqui elencadas de obtenção de dados devem respeitar outros diplomas infraconstitucionais que se relacionam com a matéria e que buscam conter novos tipos de ameaças decorrentes do processamento, compartilhamento e gerenciamento de bases de dados pessoais. É o caso da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que, apesar de não se aplicar em sua integralidade ao processamento de dados pessoais para fins de segurança pública (Art. 4º, III, a) impõe, também para essa finalidade, a aplicação de seus princípios e os direitos dos titulares de dados previstos na própria lei (art. 4º, §1º), bem como admite requisição de relatório de impacto à proteção de dados (art. 4º, §3º).

A medida impugnada na presente ação contraria princípios básicos da LGPD. De maneira específica, destaca-se os princípios da finalidade - “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades” (art. 6º, I) - e o da necessidade - “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (art. 6º, III).

O direito à proteção de dados pessoais possui também fundamento constitucional, de onde já decorre diretamente sua eficácia, inclusive no campo penal. Em decisão sobre a Medida Provisória nº 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de usuários por prestadoras de serviços de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a necessidade de tutela constitucional dos direitos fundamentais à privacidade, à intimidade, à proteção de dados pessoais, à dignidade da pessoa humana e à autodeterminação informativa. Não se podem afastar, assim, de nenhuma maneira, princípios como a proporcionalidade, adequação e necessidade, inclusive nas atividades voltadas à segurança pública e a investigações criminais.

Nesse cenário, a “busca reversa” manifesta sua evidente desproporcionalidade: trata-se de medida inadequada, visto que não há garantias de que os dados obtidos são acurados, em razão de barreiras técnicas, tampouco de que se conseguirá identificar o autor do delito investigado; desnecessária, uma vez que é possível identificar suspeitos pelos meios ordinários de investigação, inclusive por meio de procedimentos menos restritivos de direitos; e desproporcional em sentido estrito, uma vez que se aceita o dano colateral de quebrar o sigilo de inocentes, partindo do pressuposto de que o procedimento extremo se justificaria pela possibilidade apenas eventual de identificar suspeitos.

2. Violação a direitos fundamentais

Para além da inexistência de previsão legal para a quebra de sigilo genérica questionada na presente ação, é fundamental destacar sua lesividade para os direitos fundamentais dos usuários atingidos.

Conforme já se mencionou, a Constituição Federal protege a proteção de dados pessoais e a presunção de inocência. Nesse sentido, quanto mais invasivo à privacidade for o pedido, maior tem de ser a suspeita sobre o indivíduo investigado ou a gravidade do crime, em respeito à proteção constitucional à privacidade e aos dados pessoais; e, além disso, em respeito à presunção de inocência, deve a autoridade policial ser capaz de provar a razoável suspeita sobre a pessoa cujos dados serão coletados.

Nesses termos, o acesso indiscriminado a dados de incontáveis pessoas não relacionadas ao crime investigado importa em injustificada violação à privacidade de tais pessoas, além de ataque à presunção de inocência. Isso principalmente porque as pessoas alvo da medida não têm, naturalmente, consciência da coleta de dados em curso – e que, assim, sem saber, podem durante a coleta estarem produzindo provas contra si mesmas.

De maneira ainda mais concreta, toda interceptação, requisição, compartilhamento e quebra de sigilo de dados deve ter fundamentação clara, tanto no respeito à estrita letra da lei quanto na justificativa a que se chega após efetivo sopesamento entre o interesse público na investigação criminal e os sensíveis riscos que se apresentam aos direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados pessoais.

Nesse contexto, é importante ressaltar também a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e ao Pacto de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), diplomas que vedam a autoincriminação compulsória. A proteção contra ingerências arbitrárias e abusivas à vida privada é, inclusive, consagrada de maneira específica no PIDCP (art. 17), bem como na Convenção Americana (art. 11).

Essa proteção é aplicável às comunicações privadas e aos dados associados a tais comunicações, em que se enquadram os dados de geolocalização e outros relativos à identificação de dispositivos requeridos a operadoras de telefonia móvel ou provedores de aplicação de Internet. Como ressaltado pela Ministra Carmen Lúcia em seu voto no referendo à decisão cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390, 6.393 “em caso de restrição ao direito à privacidade, o Direito Internacional dos Direitos Humanos exige seja determinada o limite legalmente definido, apenas se legitimando se for para alcançar objetivo legítimo (...), e desde que se qualifique como necessária e proporcional ao objetivo buscado.” Com efeito, a aplicação do teste tripartite à verificação da legitimidade de ingerências à privacidade no âmbito das comunicações foi afirmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nos casos *Tristán Donoso vs Panamá* e *Escher e outros vs Brasil*.

Ao detalhar os requisitos de necessidade e proporcionalidade no Parecer Consultivo OC-5/85, a Corte IDH destacou que não é suficiente demonstrar que a restrição cumpre um propósito útil ou oportuno, mas deve ser justificada de acordo com um objetivo legítimo que prepondere claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito e não limite mais do que estritamente necessário o direito protegido. No que toca ao acesso a dados associados às comunicações, Relatores Especiais para a Liberdade de Expressão das Nações Unidas e da Corte IDH repetidamente salientaram que a vigilância massiva não atende ao requisito da proporcionalidade, mesmo que sirva a um propósito legítimo (ONU, A/HRC/27/37, parágrafo 25); Corte IDH/RELE/INF.17/17, parágrafos 222 e 223).

Em julgado recente, a Corte IDH reafirmou a exigência de que toda abordagem policial deve ser baseada em fatos ou informações reais, suficientes e concretas que, de forma concatenada, permitam a um observador objetivo inferir razoavelmente que a pessoa a ser abordada provavelmente era a autora de algum delito (Corte IDH, j. 1 set. 2020, Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411). Nesse sentido, se a necessidade de fundada suspeita se aplica a abordagens realizadas para fins de identificação no mundo analógico, não há razão para que não o seja no âmbito virtual.

Nesse contexto, ainda que a “busca reversa” delimite uma área geográfica e um período de tempo, ela pode atingir centenas ou milhares de pessoas que não são suspeitas de

prática de crime e que não possuem relação com o fato delitivo para além de terem passado em determinado local em um intervalo específico de tempo.

Ressalte-se que a Assembleia Geral, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e os titulares de mandatos de procedimentos especiais reconheceram que a privacidade é uma porta de entrada para o gozo de outros direitos, particularmente a liberdade de opinião e expressão (ver resolução 68/167 da Assembleia Geral, A/HRC/13/37 e resolução 20/8 do Conselho de Direitos Humanos), o que também se aplica à proteção de dados pessoais.

Isso é especialmente sintomático nos casos de realização de “buscas reversas” para a identificação de pessoas no contexto de protestos sociais. Em maio de 2020, nas manifestações em reação ao assassinato de George Floyd nos EUA, a polícia de Minneapolis acessou informações de todos que estavam próximos a uma loja em que houve depredação no dia 27 de maio. Solicitação semelhante foi feita no Chile em novembro de 2019, no âmbito de investigações dos responsáveis por ataques a estações de metrô que foram o estopim do período de manifestações sociais naquele país no final de 2019. De fato, dados de geolocalização são emblemáticos em sua relação com a revelação de informações sensíveis, associadas ao exercício de outros direitos humanos e fundamentais. Além de direitos de associação e reunião, servem a inferências relacionadas à religião, à orientação sexual, ao estado de saúde de uma pessoa, entre outros.

Essa interpretação é ainda mais necessária quando se analisa a profunda intimidade relacionada ao dado de localização. Informações sobre localização de pessoas podem revelar aspectos íntimos da identidade digital de seu titular, desde sua moradia a seus costumes, renda, pessoas com quem se encontra etc. Assim, compõem e formam um retrato abrangente e particular da vida privada de um indivíduo: seus hábitos de vida, interesses, preferências, associações familiares, políticas, profissionais, religiosas e sexuais podem ser reveladas ou inferidas de tais informações.

Diante disso, é fundamental que sejam inadmitidos pedidos de dados que não individualizem os suspeitos, em respeito à privacidade e à intimidade, assim como à presunção de inocência.

Em decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem sido recorrente o entendimento de que o MCI não exige individualização das pessoas alcançadas na decisão que requisita dados armazenados em provedores de internet. É o caso do Recurso em Mandado de Segurança nº 59716 - RS (2018/0342755-1), do Recurso em Mandado de Segurança nº 65242 - SP (2020/0325548-2) e do Recurso em Mandado de Segurança nº 61419 - SE (2019/02122818-0). Tal entendimento é no entanto equivocado, considerando que a elaboração do MCI ocorreu, e sua interpretação deve se dar, à luz das regras e princípios aqui já elencados, isto é, a preservação do sigilo, da intimidade, da vida privada e dos dados pessoais dos indivíduos.

Nesta linha, outras decisões refletem a importância de conter pedidos genéricos. Em decisão pela concessão de pedido de tutela provisória, proferida pelo Min. Antônio Saldanha Palheiro do STJ (Nº 292 - SP (2017/0034057-6), decidiu-se pela suspensão de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que mantinha ordem de quebra de sigilo com base em coordenadas geográficas sem identificação dos suspeitos.

Diante do exposto, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo requer que este MM. Juízo anule a quebra de sigilo pretendida no presente caso em respeito à privacidade, à intimidade, à presunção de inocência e ao regramento de proteção de dados, de maneira a bloquear o acesso irrestrito a dados em claro abuso de poder, típico do autoritarismo.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
- d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - **MODELO DE PEÇA**

EXECUÇÃO CRIMINAL

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *É incabível a aplicação de falta disciplinar à pessoa presa pelo fato de se presumir seja destinatária final de bens cujo ingresso é vedado nos estabelecimentos prisionais, como aparelhos celulares e drogas, tenha sido encaminhada por correspondência ou portada por visitante, em respeito aos princípios da intranscendência e da culpabilidade.*

ASSUNTO

Falta disciplinar na execução penal com base em ato de terceiro. Artigos 45 e 52, primeira parte, da LEP. Artigo 8, 2 da CADH. Princípios da intranscendência e da culpabilidade.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, a promoção dos direitos humanos, nos termos do art. 134 da Constituição Federal. Por essa razão, tem como objetivo institucional a primazia da dignidade da pessoa humana, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos, nos termos do art. 3º-A da Lei Complementar 80/94. No âmbito da execução penal, o art. 61, III, da Lei de Execução Penal classifica a instituição como órgão da execução penal e o art. 81-A prevê que a Defensoria Pública deve velar pela regular execução da pena, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias.

META DO PLANO DE ATUAÇÃO

Reduzir a superlotação no sistema carcerário, coibindo a aplicação indiscriminada de faltas disciplinares e o conseqüente prolongamento do período de permanência no cárcere.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A aplicação de falta disciplinar em desfavor de pessoa presa pelo simples fato de ter sido apontada, no envio de correspondências (SEDEX) ou pessoalmente por visitante, como sendo a destinatária final de bens cujo ingresso é vedado nos estabelecimentos prisionais, como aparelhos celulares e drogas, não deve subsistir.

Com efeito, a decisão que homologa a imposição de falta disciplinar nesses casos viola, a um só tempo, o princípio da intranscendência e o princípio da culpabilidade, previstos no art. 45 da LEP, além do disposto na primeira parte do artigo 52 da LEP, eis que a imposição de falta grave ao sentenciado por transgressão praticada por terceiro é vedada pelos artigos supracitados, constituindo fato atípico.

O artigo 45 é explícito ao enunciar que *“Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.”*

O artigo 52, “caput”, primeira parte, da LEP, indica que *“[a] prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave”*.

Além disso, o artigo 8, 2, da CADH, primeira parte, aponta que *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*. Essa norma assenta o princípio da culpabilidade, o qual impede a responsabilização objetiva. Ou seja, ninguém pode ser penalizado sem dolo ou culpa.

Por conseguinte, foi superada a fase regida pelo princípio da *versari in re illicita*. Aqui, vale destacar a manifestação de Alberto Silva Franco:

A pessoalidade da responsabilidade penal significa, numa primeira abordagem, que o fato pertence ao agente que, por ele, responde como sua obra. Isto evidencia que tal responsabilidade é subjetiva na medida em que o agente – e só ele – se torna responsável pela prática do fato porque o quis ou porque tal fato decorreu da falta de um devido dever de cuidado. Fica evidenciado, numa e noutra situação, que não se tolera que o fato criminoso seja debitado ao agente por mera relação de causalidade. E, aqui, numa segunda abordagem, fica explícito que o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal repele todas as hipóteses de responsabilidade puramente objetiva¹.

O silogismo prossegue: inexistindo a responsabilização objetiva (princípio da culpabilidade), conclui-se que também é proibida a responsabilização por ato de terceiro (princípio da intranscendência). Do mesmo, na seara da execução penal é proibida a punição disciplinar pela verdade sabida.

Apesar disso, as normas em tela foram desrespeitadas.

As conjecturas que embasam o reconhecimento da falta, desprovida de qualquer outro elemento probatório idôneo, é a menção da pessoa presa, pura e simplesmente, como a destinatária de bens cujo ingresso é proibido no estabelecimento prisional, como celulares e drogas, sendo esta situação bastante e suficiente a embasar a imputação da falta disciplinar grave.

É necessário, para apuração e imposição da falta disciplinar, a existência de prova idônea, em que se apure a responsabilidade do sentenciado, produzida no devido processo penal, e não em conjecturas, ilações e suposições decorrentes do tirocínio das autoridades apuradoras.

Logo, trata-se de responsabilidade presumida, objetivada, estendendo-se a responsabilidade atribuída a terceiro a quem não se tem a certeza possível do envolvimento no evento.

A ilegalidade é patente. Afinal, não existe responsabilidade penal conjecturada, deduções não podem sustentá-la e não é possível responder criminalmente por ato de terceiro.

Reconhecer a falta disciplinar nestas condições pode redundar em uma possível injustiça, eis que é possível que terceiras pessoas, mal-intencionadas, tenham tentado usar os dados da pessoa presa para inserir bens na unidade prisional cujo ingresso é vedado. Explica-se: os presos coabitam em celas superlotadas, não tendo espaço para guardar suas coisas separadamente, o que permite que outros presos tenham acesso a suas cartas, bem como nome e qualificação de seus parentes, possibilitando estas tentativas de envio de drogas e aparelhos celulares aos presídios, ou mesmo os aponte como destinatário de tais bens nas visitas presenciais aos finais de semana.

1 FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação. 8ª Ed. São Paulo, RT, 2008, p. 159.

Esse é o entendimento da Sexta² e Quinta³ Turmas, da Terceira Seção, deste C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE AUTORIZA O CONHECIMENTO E A CONCESSÃO DA ORDEM. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. AFASTAMENTO. ENVIO DE DROGAS PELOS CORREIOS. ATO DE TERCEIRO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. "Em razão do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por terceiro, deve ser afastada quando não comprovada a autoria do reeducando, através de elementos concretos" (HC n. 372.850/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe de 25/4/2017). 3. No caso, depreende-se dos autos que, no momento da entrega de um Sedex ao agravado, após a abertura e início da vistoria, foram encontrados 8 invólucros, em cujo interior estavam acondicionados 114,5g (cento e quatorze gramas e cinco decigramas) de maconha. A droga estava camuflada numa peça de salame. 4. Na espécie, embora possam existir suspeitas de que o recorrido tenha solicitado a remessa do entorpecente ao presídio, não foram apresentadas provas concretas nesse sentido. A prova oral produzida, consistente no depoimento dos agentes penitenciários responsáveis pela apreensão do material tóxico, apenas evidencia a materialidade do crime, não havendo nenhum indicativo efetivo de sua participação na infração. 5. Agravo regimental desprovido". (STJ, Sexta Turma, AgRg no HC 782812/SP, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 19/04/2023, g.n.).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE IMPUTADA AO REEDUCANDO POR ATO DE TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PACIENTE TERIA CONCORRIDO PARA A CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior entende que, em razão do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por terceiro, deve ser afastada quando não comprovada sua autoria, através de elementos concretos. 2. In casu, não ficou provada a prática de ato material pelo paciente. O fato de ser sua genitora a remetente do SEDEX e a simples suspeita de

-
- 2 **Precedentes da Sexta Turma:** AgRg no HC n. 723.120/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 16/3/2022; AgRg no HC n. 642.504/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 19/3/2021; AgRg no HC n. 567.191/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/5/2020, DJe de 3/6/2020; AgRg no HC n. 510.838/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/8/2019, DJe de 3/9/2019; HC n. 291.774/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/6/2014, DJe de 18/11/2014.
- 3 **Precedentes da Quinta Turma:** AgRg no HC n. 745.890/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022; HC n. 695.929/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021; HC n. 651.712/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021; HC n. 399.047/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe de 15/8/2017; HC n. 372.850/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/4/2017, DJe de 25/4/2017; HC n. 340.501/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe de 24/6/2016; HC n. 272.783/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 11/2/2014, DJe de 20/2/2014.

que ele teria sido o solicitante do entorpecente não são suficientes para afirmar a prática da falta grave, especialmente ao se considerar que o reeducando sequer teve consigo a posse do material que lhe havia sido enviado. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 740.321/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 14/6/2022.).

Deste modo, patente a transgressão a intranscendência da conduta, pela imputação, por responsabilidade penal presumida e objetivada, manifestamente ilegal, devendo esta ser arredada.

Portanto, com fundamento nos arts. 45 e 52, primeira parte, da LEP e artigo 8, 2 da CADH, a falta disciplinar deve ser afastada.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

As faltas disciplinares constituem verdadeiras infrações penais, prolongando o período de permanência no cárcere. Neste sentido, cita-se Bruno Shimizu:

É inquestionável que a condenação do sentenciado por falta disciplinar no curso da execução penal tem como consequência a restrição de direitos materiais de estatura constitucional. As consequências que advêm da condenação em falta disciplinar que decorrem da LEP não permitem outra conclusão senão entender que as faltas disciplinares são infrações penais. Na medida em que as faltas na execução levam ao aumento do tempo de encarceramento, não se pode admitir que tenham natureza de mera infração administrativa.⁴

As consequências decorrentes da aplicação de faltas disciplinares são nefastas para a pessoa presa. A título de exemplo, o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) inseriu o § 6º no artigo 112 da LEP, prevendo que o cometimento de falta grave na execução penal interrompe o prazo para a obtenção da progressão de regime, sendo que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente. Há, assim, o aumento do período de encarceramento em um sistema prisional já superlotado.

Além disso, os relatórios de inspeções realizadas pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC) evidenciam inúmeras denúncias de pessoas presas de que há a aplicação arbitrária de faltas disciplinares. Exemplo disso são as imposições de faltas pela indicação de que o sentenciado seria o destinatário de correspondências contendo bens cujo ingresso nas unidades prisionais é proibido, ou mesmo tentativas de ingresso de tais bens com visitantes aos finais de semana.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Ao ter vista dos autos para realizar a defesa diante da imposição de falta disciplinar em decorrência de sindicância administrativa pela unidade prisional, sugere-se que seja alegada a tese, requerendo-se a absolvição da imputação de cometimento de falta pela atipicidade da conduta. Nos casos de homologação judicial da falta disciplinar, sugere-se a interposição de agravo em execução penal ao Tribunal de Justiça para pleitear a absolvição do sentenciado, com a determinação de

4 SHIMIZU, Bruno. **A natureza jurídica das faltas disciplinares na execução penal.** Boletim do IBCCRIM, v. 311, p. 2-4, 2018.

que cessem todos os efeitos do reconhecimento da falta disciplinar imposta. Em caso de indeferimento do pedido, sugere-se a impetração de *habeas corpus* com pedido liminar aos Tribunais Superiores, ou ainda de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e/ou recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Processo nº _____

Execução Penal. Falta grave. Princípio da intranscendência penal. Vedação da responsabilidade penal objetiva ou presumida. Imputação de infração disciplinar por conduta de terceiro (entorpecente). Transgressão aos arts. 45, 52, primeira parte, da LEP, e ao artigo 8, item 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no uso de suas atribuições legais^{5 6} e constitucionais, por seu Defensor Público infra-assinado, vem, com o devido respeito, perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, interpor o seu **RECURSO ESPECIAL**, em favor de _____, diante do v. acórdão de fls. _____.

Requer seja recebido e processado o presente recurso, bem como que seja remetido, com as inclusas razões, ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Nestes termos, pede deferimento.

Local, data.

NOME

DEFENSOR/A PÚBLICO/A

Órgão de atuação

5 Art. 81-A, LEP.

6 Art. 81-B, III, LEP.

Recorrente: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em favor de _____

Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EGRÉGIA TURMA JULGADORA

DOUTA PROCURADORIA DA REPÚBLICA

Recalcitrante a ilegalidade, impõe-se a interposição do presente Recurso Especial que, após conhecido e provido, implique na reforma do venerando acórdão que negou provimento ao agravo defensivo, eis que o julgado contrariou Lei Federal, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

I. RELATÓRIO

O recorrente teve uma falta disciplinar de natureza grave, reconhecida em seu desfavor, porque supostamente seria o destinatário final, puro e simples, de uma correspondência que continha drogas, o que foi homologado pelo d. Juízo de primeiro grau e mantido pelo TJSP. Nesse cenário surge o presente recurso.

II. CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

Nos termos do artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, caberá recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça quando a decisão recorrida "*contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*".

No caso em referência, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do v. acórdão impugnado, ao homologar falta disciplinar grave, apesar da ausência da prática de fato previsto como crime doloso pelo sentenciado, viola os artigos 45, 52, primeira parte, da Lei de Execução Penal e o artigo 8, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Merece nota que a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso está configurada, uma vez que se trata de matéria penal, conforme dispõe o artigo 105, parágrafos 2º e 3º, I, da Constituição Federal:

"§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

§ 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos:

I - ações penais"; (...)

De outro lado, deve-se ressaltar que está devidamente prequestionada a matéria sustentada no presente recurso, porquanto nascida e presente no v. acórdão combatido, havendo manifestação expressa sobre todos os temas aventados. Com isso, o requisito em tela está preenchido.

Aliás, o prequestionamento estaria presente ainda que não enfrentado textualmente, pelo v. acórdão, o dispositivo legal violado. De fato, consoante a jurisprudência deste E. Superior Tribunal de Justiça, *"O prequestionamento implícito ocorre quando a Corte originária discute a matéria sob o enfoque suscitado no recurso especial, porém sem mencionar, explicitamente, o dispositivo de lei indicado como violado nas razões recursais"* (6ª T. AgRg no AREsp 1850770 / ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 03.05.2022, DJe 09.05.2022).

No mais, o pedido em tela não exige revolvimento fático-probatório, incabível nesta via impugnativa. Isso porque ele tem como fundamento as premissas já estabelecidas no acórdão. Ou seja, os fatos e provas não são questionados aqui. Eles são incontroversos e constam do acórdão. Isso afasta a aplicação da Súmula 7 deste tribunal.

Com efeito, a simples leitura do acórdão combatido permite vislumbrar com clareza a incorreção da homologação do resultado da sindicância e aplicação de falta disciplinar, sobretudo quando a decisão não foi suficientemente fundamentada no que concerne à fragilidade dos indícios de autoria, bem como acerca da aplicação, no caso concreto, do princípio da intranscendência.

Assim, o recorrente busca a devida valoração jurídica das condutas já reconhecidas pelas instâncias inferiores, o que autoriza o conhecimento do recurso especial, conforme entendimento recorrente desta corte, ilustrado no aresto abaixo:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO COM BASE NO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. SÚMULA 455 DO STJ. TEMPERAMENTO. RISCO DE PERECIMENTO DA PROVA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. FATOS DELINEADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- I. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do RHC 64.086/DF, assentou entendimento no sentido da necessidade de mitigar o rigor da Súmula 455/STJ, de modo que as testemunhas, cuja natureza da atividade profissional seja marcada pelo contato diário com fatos criminosos semelhantes, devem ser ouvidas com a máxima urgência possível.
- II. Na espécie, há situação excepcional a lastrear a necessidade de ouvida das testemunhas presenciais, pois os fatos praticados remontam à data de 15/04/2014, havendo o risco de que detalhes relevantes do caso se percam na memória dos policiais.

III. A análise do apelo nobre não demandou a incursão nos elementos fáticos e probatórios dos autos, mas tão-somente a reavaliação jurídica dos fatos expressamente admitidos e delineados no acórdão objurgado.

Agravo regimental desprovido.” (g.n.) (AgRg no AREsp 1908229/GO, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 25/11/2021)

Portanto, a reavaliação dos fatos não se confunde com o reexame das provas. É viável, em sede de recurso especial, reavaliar juridicamente fatos incontroversos, moldura fática incontroversa, presentes no acórdão, para a adequada solução normativa. Logo, o recurso deve ser conhecido.

III. A HOMOLOGAÇÃO DA FALTA DISCIPLINAR COM BASE EM ATO DE TERCEIRO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 45, 52, PRIMEIRA PARTE, DA LEP E ARTIGO 8, 2 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA E DA CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

A decisão guerreada viola o princípio da intranscendência e o princípio da culpabilidade, previstas no art. 45, LEP, além do disposto na primeira parte do artigo 52 da LEP, eis que a imposição de falta grave ao recorrente por transgressão praticada por terceiro é vedada pelos artigos supracitados, constituindo fato atípico, e a fundamentação empregada nas decisões recorridas não demonstra ter o réu concorrido para o fato.

O artigo 45 é explícito ao enunciar que *“Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.”*

O artigo 52, “caput”, primeira parte, da LEP, indica que *“[a] prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave”*.

No caso em tela, compreendeu-se que o réu concorreu para o tráfico. Com isso, realizou crime doloso e, portanto, restaria caracterizada a falta grave.

Entretanto, o artigo 8, 2, da CADH, primeira parte, aponta que *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*. Essa norma assenta o princípio da culpabilidade, o qual impede a responsabilização objetiva. Ou seja, ninguém pode ser penalizado sem dolo ou culpa.

Por conseguinte, foi superada a fase regida pelo princípio da *versari in re illicita*. Aqui, vale destacar a manifestação de Alberto Silva Franco:

“A pessoalidade da responsabilidade penal significa, numa primeira abordagem, que o fato pertence ao agente que, por ele, responde como sua obra. Isto evidencia que tal responsabilidade é subjetiva na medida em que o agente – e só ele – se torna responsável pela prática do fato porque o quis ou porque tal fato decorreu da falta de um devido dever de cuidado. Fica evidenciado, numa e noutra situação, que não se tolera que o fato criminoso seja debitado ao agente por mera relação de causalidade. E, aqui, numa segunda abordagem, fica

explícito que o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal repele todas as hipóteses de responsabilidade puramente objetiva⁷.

O silogismo prossegue: inexistindo a responsabilização objetiva (princípio da culpabilidade), conclui-se que também é proibida a responsabilização por ato de terceiro (princípio da intranscendência). Do mesmo, na seara da execução penal é proibida a punição disciplinar pela verdade sabida.

Apesar disso, as normas em tela foram desrespeitadas.

As conjecturas que embasam o reconhecimento da falta, desprovida de qualquer outro elemento probatório idôneo, é a menção do recorrente, pura e simplesmente, como o destinatário do entorpecente, sendo esta situação bastante e suficiente a embasar a imputação da falta disciplinar grave.

É necessário, para apuração e imposição da falta disciplinar, a existência de prova idônea, em que se apure a responsabilidade do sentenciado, produzida no devido processo penal, e não em conjecturas, ilações e suposições decorrentes do tirocínio das autoridades apuradoras.

Logo, sua responsabilidade foi presumida, objetivada, estendendo-se a responsabilidade atribuída a terceiro a quem não se tem a certeza possível do envolvimento no evento.

A ilegalidade é patente. Afinal, não existe responsabilidade penal conjecturada, deduções não podem sustentá-la e não é possível responder criminalmente por ato de terceiro.

Ademais, o contexto do caso é simbólico para demonstrar a razão da existência de ambos os princípios. Reconhecer a falta disciplinar nestas condições pode redundar em uma possível injustiça, eis que é possível que terceiras pessoas, mal-intencionadas, tenham tentado usar os dados do recorrente para inserir drogas na unidade prisional. Explica-se: os presos coabitam em celas superlotadas, não tendo espaço para guardar suas coisas separadamente, o que permite que outros presos tenham acesso a suas cartas, bem como nome e qualificação de seus parentes, possibilitando estas tentativas de envio de drogas e aparelhos celulares aos presídios.

Esse é o entendimento da Sexta⁸ e Quinta⁹ Turmas, da Terceira Seção, deste C. Superior Tribunal de Justiça:

7 FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação*. 8ª Ed. São Paulo, RT, 2008, p. 159.

8 **Precedentes da Sexta Turma:** AgRg no HC n. 723.120/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 16/3/2022; AgRg no HC n. 642.504/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 19/3/2021; AgRg no HC n. 567.191/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/5/2020, DJe de 3/6/2020; AgRg no HC n. 510.838/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/8/2019, DJe de 3/9/2019; HC n. 291.774/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/6/2014, DJe de 18/11/2014.

9 **Precedentes da Quinta Turma:** AgRg no HC n. 745.890/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022; HC n. 695.929/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021; HC n. 651.712/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021; HC n. 399.047/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe de 15/8/2017; HC n. 372.850/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/4/2017, DJe de 25/4/2017; HC n. 340.501/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe de 24/6/2016; HC n. 272.783/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 11/2/2014, DJe de 20/2/2014.

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE AUTORIZA O CONHECIMENTO E A CONCESSÃO DA ORDEM. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. AFASTAMENTO. ENVIO DE DROGAS PELOS CORREIOS. ATO DE TERCEIRO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. "Em razão do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por terceiro, deve ser afastada quando não comprovada a autoria do reeducando, através de elementos concretos" (HC n. 372.850/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe de 25/4/2017). 3. No caso, depreende-se dos autos que, no momento da entrega de um Sedex ao agravado, após a abertura e início da vistoria, foram encontrados 8 invólucros, em cujo interior estavam acondicionados 114,5g (cento e quatorze gramas e cinco decigramas) de maconha. A droga estava camuflada numa peça de salame. 4. Na espécie, embora possam existir suspeitas de que o recorrido tenha solicitado a remessa do entorpecente ao presídio, não foram apresentadas provas concretas nesse sentido. A prova oral produzida, consistente no depoimento dos agentes penitenciários responsáveis pela apreensão do material tóxico, apenas evidencia a materialidade do crime, não havendo nenhum indicativo efetivo de sua participação na infração. 5. Agravo regimental desprovido". (STJ, Sexta Turma, AgRg no HC 782812/SP, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 19/04/2023, g.n.).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE IMPUTADA AO REEDUCANDO POR ATO DE TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PACIENTE TERIA CONCORRIDO PARA A CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior entende que, em razão do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por terceiro, deve ser afastada quando não comprovada sua autoria, através de elementos concretos. 2. In casu, não ficou provada a prática de ato material pelo paciente. O fato de ser sua genitora a remetente do SEDEX e a simples suspeita de que ele teria sido o solicitante do entorpecente não são suficientes para afirmar a prática da falta grave, especialmente ao se considerar que o reeducando sequer teve consigo a posse do material que lhe havia sido enviado. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 740.321/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 14/6/2022.).

Deste modo, patente a transgressão a intranscendência da conduta, pela imputação, por responsabilidade penal presumida e objetivada, manifestamente ilegal, devendo esta ser arredada no caso dos autos.

O recurso especial, deste modo, deve ser provido para afastar a falta grave, nos termos do arts. 45, 52, primeira parte, da LEP e artigo 8, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

IV. PEDIDO

Diante do exposto, a DPESP pede que o recurso seja conhecido e provido para ser absolvido da imputação de cometimento da falta grave, com a determinação de afastamento de todos os efeitos de seu reconhecimento.

Nestes termos, pede deferimento.

Local, data.

NOME

DEFENSOR/A PÚBLICO/A

Órgão de atuação

EXECUÇÃO CRIMINAL

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A intimação prévia do sentenciado que tem endereço certo para iniciar voluntariamente o cumprimento da pena em regime semiaberto é condição essencial para a expedição do mandado de prisão, assim como a intimação prévia da Defensoria Pública para que analise se é caso de concessão de indulto ou comutação, de detração penal em razão do recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, conforme o Tema 1155 do STJ, entre outros direitos do apenado.*

ASSUNTO

Pena privativa de liberdade. Regime semiaberto. Súmula Vinculante 56 do STF. Resolução 474/2022 do CNJ.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, a promoção dos direitos humanos, nos termos do art. 134 da Constituição Federal. Por essa razão, tem como objetivo institucional a primazia da dignidade da pessoa humana, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos, nos termos do art. 3º-A da Lei Complementar 80/94. No âmbito da execução penal, o art. 61, III, da Lei de Execução Penal classifica a instituição como órgão da execução penal e o art. 81-A prevê que a Defensoria Pública deve velar pela regular execução da pena, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias.

META DO PLANO DE ATUAÇÃO

Reduzir a superlotação no sistema carcerário e evitar o cumprimento de pena em condições mais gravosas que aquelas impostas judicialmente.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Quando se impõe a um sentenciado o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto, a execução da reprimenda deve observar os parâmetros previstos na Súmula Vinculante 56 do STF e deve ser precedida de intimação do sentenciado.

É o que dispõe a Resolução 474/2022 do CNJ, que modificou o art. 23 da Resolução 417/2021 do CNJ, a fim de determinar a intimação da pessoa condenada a dar início ao cumprimento da pena no regime prevalente de sua condenação (semiaberto ou aberto) e ratificar a necessidade de observância da SV 56. Vejamos:

Art. 1º. O art. 23 da Resolução CNJ no 417/2021 passa a vigorar com a seguinte redação:

“DO MANDADO DE INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DE PENA EM AMBIENTE SEMIABERTO OU ABERTO

Art. 23. Transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante no 56”.

A fim de especificar a forma de cumprimento da SV 56 no âmbito do TJSP, a Corregedoria-Geral de Justiça editou o Comunicado nº 628/2022, que prevê que antes da expedição de mandado de prisão para o cumprimento da pena devem ser requisitadas informações junto à SAP acerca da existência de vaga no sistema carcerário. Vejamos:

A Corregedoria Geral da Justiça COMUNICA aos Senhores Magistrados, Dirigentes e Servidores das Unidades Judiciais da Primeira Instância do Estado de São Paulo que atuam na área criminal e execução criminal que, nos termos da Resolução CNJ nº 474/2022, para os casos de condenações ao cumprimento de pena privativa de liberdade nos regimes aberto e semiaberto deverão observar os procedimentos que seguem.

1. Para condenações ao cumprimento de pena corporal no regime aberto, mantém-se a sistemática atual (Comunicado CG 1356/2016);
2. Para condenações ao cumprimento de pena corporal em regime semiaberto sem substituição por restritiva de direitos e com trânsito em julgado a partir do dia 12 de setembro de 2022, deverá ser verificado se o réu está em liberdade ou preso;
3. Se o sentenciado estiver em liberdade, não será expedido mandado de prisão pelo juízo do conhecimento, procedendo-se à inserção do evento “Cód. 113 – Regime Semiaberto – Resol. CNJ 474/2022” no histórico de partes, com emissão e envio da guia de recolhimento ao juízo da execução competente, conforme tabela de competência constante no Comunicado CG 574/2022;
4. O juízo da execução, ao receber a guia de recolhimento, deverá verificar com a Secretaria da Administração Penitenciária se há vaga em estabelecimento penal adequado;
 - 4.1. Se houver vaga no regime semiaberto, o juízo da execução deverá avaliar a intimação do sentenciado e a expedição do mandado de prisão; informado o cumprimento da ordem de prisão, a serventia deverá certificar, no prazo de setenta e duas (72) horas, se o sentenciado está recolhido em estabelecimento penal adequado, enviando imediatamente os autos à conclusão em caso negativo;
 - 4.2. Caso não exista vaga no regime semiaberto, o juízo da execução poderá fixar prazo para que a Secretaria da Administração Penitenciária providencie ou analisar a substituição da privação de liberdade por forma alternativa de cumprimento, como a monitoração eletrônica e a prisão domiciliar;
5. Nas condenações ao cumprimento de pena corporal em regime semiaberto com réu preso ou trânsito em julgado antes do dia 12 de setembro de 2022 ficam mantidos os regramentos existentes quando da edição da Resolução CNJ nº 474/2022, com expedição de mandado de prisão ou ofício de recomendação pelo juízo do conhecimento;
6. No prazo de até cento e vinte (120) dias será avaliada a manutenção deste procedimento pela Corregedoria Geral da Justiça.

Não há dúvidas, portanto, de que a ordem de prisão só pode ser emitida após a intimação do sentenciado e apenas se a Autoridade Penitenciária puder disponibilizar vaga para o cumprimento da pena. Desta forma, se o juízo deixar de intimar o sentenciado, haverá inaceitável violação ao texto expresso da Resolução 474/2022, que modificou o art. 23 da Resolução 417/2021, ambas do CNJ.

Este tem sido o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê:

Se há vaga em estabelecimento prisional semiaberto, o Magistrado deverá expedir mandado de intimação ao sentenciado para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão. (STJ/HC nº 817.968, Min. Rogério Schietti Cruz, 26/04/2023).

Todavia, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “[t]ratando-se de paciente condenado [...] em regime inicial semiaberto e diante da nova resolução do Conselho Nacional de Justiça, deve ser expedida intimação para início de cumprimento da pena (...). (STJ/HC nº 816.871, Min. Rogério Schietti Cruz, 26/04/2023).

Vale destacar que o entendimento exemplificado nos julgados acima destacados foi inaugurado pelo Min. Rogério Schietti Cruz e atualmente é seguido de forma unânime por todos os integrantes das duas turmas criminais da Corte, tanto em julgamentos monocráticos quanto em decisões colegiadas.

Da mesma forma, algumas câmaras criminais do TJSP já adequaram sua jurisprudência a este posicionamento, assim como alguns magistrados de piso das RAJs de Araçatuba e Ribeirão Preto.

Por essas razões, também é essencial a intimação prévia da Defensoria Pública, a fim de que observe se houve o atendimento à SV 56, à Resolução 474/2022 do CNJ e ao Comunicado CG 628/2022 do TJ-SP quanto aos requisitos autorizadores da expedição do mandado de prisão em regime semiaberto, sobretudo a prévia intimação do sentenciado que possui endereço certo.

A vista dos autos à Defensoria Pública antes da expedição do mandado de prisão é providência que também se faz necessária para que a defesa técnica analise se é caso de concessão de indulto ou comutação, de detração penal em razão do recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, conforme o Tema 1155 do STJ1, entre outros direitos do apenado.

Portanto, com fundamento na SV 56, na Resolução 474/2022 do CNJ e nos termos do Comunicado CG 628/2022 do TJ-SP, é ilegal a ordem de prisão expedida sem a prévia intimação do sentenciado que tem endereço certo, bem como do Defensor Público natural.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A superlotação do sistema carcerário paulista é histórica e notória. Especificamente no que diz respeito ao regime semiaberto, o NESC elaborou relatório a partir das informações oficiais fornecidas pela própria SAP, apontando a absoluta inexistência de vagas disponíveis em regime semiaberto. Segundo o estudo, em 26.04.2023 havia um total 34.873 vagas de regime semiaberto no Estado de São Paulo, enquanto a população carcerária era de 42.614 pessoas nessa modalidade prisional, indicando um déficit de 7.410 vagas e superlotação de 122%. Em algumas unidades a superlotação é ainda pior, como é o caso do CPP de Valparaíso, que conta com 691 vagas, mas em 1º/11/2023 tinha 1313 pessoas presas, configurando uma taxa de ocupação de mais de 190%.

1 Tema 1155 do STJ: “1) O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem. (...)”

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A princípio, o ideal seria que a Defensoria Pública fosse intimada antes da expedição do mandado de prisão em regime semiaberto em desfavor do sentenciado que tem endereço certo, a fim de que possa requerer a intimação prévia do sentenciado, bem como a indicação pela SAP de existência de vaga em estabelecimento penal adequado. Nos casos de ausência de atendimento desses requisitos para a expedição do mandado de prisão, sugere-se a interposição de agravo em execução penal ao Tribunal de Justiça para cassar a ordem de prisão, com a expedição de contramandado ou de alvará de soltura, bem como para conceder a prisão domiciliar até que seja disponibilizada vaga ao sentenciado. Em caso de indeferimento do pedido, sugere-se a impetração de *habeas corpus* com pedido liminar ao Superior Tribunal de Justiça. Em caso de denegação monocrática da ordem, sugere-se a interposição de agravo regimental e, em caso de novo indeferimento, de impetração de *habeas corpus* com pedido liminar ao Supremo Tribunal Federal.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Autos nº

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu órgão de execução subscritor, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal, e nos artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal, impetrar

HABEAS CORPUS, com pedido liminar

em favor de **XXXXXXXXXXXX**, qualificado nos autos em epígrafe, em razão do constrangimento ilegal que vem sofrendo o paciente, figurando como autoridade coatora o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelos motivos de fato e direito que passa a aduzir.

1. DOS FATOS

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não reformou decisão singular que determinou a expedição de mandado de prisão em regime semiaberto sem a intimação do sentenciado para dar início ao cumprimento da pena e a despeito da inexistência de vagas no sistema carcerário paulista, conforme motivos a seguir expostos.

2. DO DIREITO

Foi imposto ao sentenciado o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto. A execução da reprimenda deve observar os parâmetros previstos na Súmula Vinculante 56 do STF e deve ser precedida de intimação do sentenciado.

É o que dispõe a Resolução 474/2022, do CNJ, que modificou o art. 23 da Resolução 417/2021, do CNJ, a fim de intimar a pessoa condenada a dar início ao cumprimento da pena no regime prevalente de sua condenação (semiaberto ou aberto) e ratificar a necessidade de observância da SV 56. Vejamos:

Art. 1º. O art. 23 da Resolução CNJ no 417/2021 passa a vigorar com a seguinte redação:

“DO MANDADO DE INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DE PENA EM AMBIENTE SEMIABERTO OU ABERTO

Art. 23. Transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto, **a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante no 56”.**

A fim de especificar a forma de cumprimento da SV 56 no âmbito do TJSP, a Corregedoria-Geral de Justiça editou o Comunicado nº 628/2022, que prevê que antes da expedição de mandado de prisão para o cumprimento da pena devem ser requisitadas informações junto à SAP acerca da existência de vaga no sistema carcerário. Vejamos:

A Corregedoria Geral da Justiça COMUNICA aos Senhores Magistrados, Dirigentes e Servidores das Unidades Judiciais da Primeira Instância do Estado de São Paulo que atuam na área criminal e execução criminal que, nos termos da Resolução CNJ nº 474/2022, para os casos de condenações ao cumprimento de pena privativa de liberdade nos regimes aberto e semiaberto deverão observar os procedimentos que seguem.

1. Para condenações ao cumprimento de pena corporal no regime aberto, mantém-se a sistemática atual (Comunicado CG 1356/2016);
2. Para condenações ao cumprimento de pena corporal em regime semiaberto sem substituição por restritiva de direitos e com trânsito em julgado a partir do dia 12 de setembro de 2022, deverá ser verificado se o réu está em liberdade ou preso;
3. Se o sentenciado estiver em liberdade, não será expedido mandado de prisão pelo juízo do conhecimento, procedendo-se à inserção do evento “Cód. 113 - Regime Semiaberto – Resol. CNJ 474/2022” no histórico de partes, com emissão e envio da guia de recolhimento ao juízo da execução competente, conforme tabela de competência constante no Comunicado CG 574/2022;
4. **O juízo da execução, ao receber a guia de recolhimento, deverá verificar com a Secretaria da Administração Penitenciária se há vaga em estabelecimento penal adequado;**
 - 4.1. **Se houver vaga no regime semiaberto, o juízo da execução deverá avaliar a intimação do sentenciado e a expedição do mandado de prisão; informado o cumprimento da ordem de prisão, a serventia deverá certificar, no prazo de**

setenta e duas (72) horas, se o sentenciado está recolhido em estabelecimento penal adequado, enviando imediatamente os autos à conclusão em caso negativo;

- 4.2. Caso não exista vaga no regime semiaberto, o juízo da execução poderá fixar prazo para que a Secretaria da Administração Penitenciária providencie ou analisar a substituição da privação de liberdade por forma alternativa de cumprimento, como a monitoração eletrônica e a prisão domiciliar;
5. Nas condenações ao cumprimento de pena corporal em regime semiaberto com réu preso ou trânsito em julgado antes do dia 12 de setembro de 2022 ficam mantidos os regramentos existentes quando da edição da Resolução CNJ nº 474/2022, com expedição de mandado de prisão ou ofício de recomendação pelo juízo do conhecimento;
6. No prazo de até cento e vinte (120) dias será avaliada a manutenção deste procedimento pela Corregedoria Geral da Justiça. (g. n.)

Não há dúvidas, portanto, de que a ordem de prisão só pode ser emitida após a intimação do sentenciado e se a Autoridade Penitenciária puder disponibilizar vaga para o cumprimento da pena. Este tem sido o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em casos análogos. Vejamos:

Se há vaga em estabelecimento prisional semiaberto, o Magistrado deverá expedir mandado de intimação ao sentenciado para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão. (STJ/HC nº 817.968, Min. Rogério Schietti Cruz, 26/04/2023).

Todavia, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “[t]ratando-se de paciente condenado [...] em regime inicial semiaberto e diante da nova resolução do Conselho Nacional de Justiça, deve ser expedida intimação para início de cumprimento da pena (...). (STJ/HC nº 816.871, Min. Rogério Schietti Cruz, 26/04/2023).

Por essas razões, também é essencial a intimação prévia da Defensoria Pública, a fim de que possa observar se houve o atendimento à SV 56, à Resolução 474/2022 do CNJ e ao Comunicado CG 628/2022 do TJ-SP quanto aos requisitos autorizadores da expedição do mandado de prisão em regime semiaberto, sobretudo a prévia intimação do paciente.

Portanto, com fundamento na SV 56, na Resolução 474/2022 do CNJ e nos termos do Comunicado CG 628/2022 do TJ-SP, a ordem de prisão deve ser revogada e deve ser expedido contramandado de prisão ou alvará de soltura. Ainda, deve ser concedida a prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) até que seja realmente disponibilizada vaga para o paciente, indicando-se a unidade prisional em que a pena será cumprida e intimando-o pessoalmente para dar início ao cumprimento da pena.

3. DA LIMINAR

A urgência e relevância do presente *writ* estão cabalmente demonstradas. O excesso de execução é evidente, pois com a ordem de prisão o paciente cumprirá pena em condições absolutamente inadequadas, em razão da falta de vagas no regime semiaberto.

Por isso, a cessação do constrangimento deve se dar imediatamente, por meio de concessão de liminar, já que presentes o *periculum in mora* – na medida em que o paciente se encontra cumprindo pena em condições mais severas, sendo patente a ofensa à liberdade de locomoção –, bem como o *fumus boni iuris* – pois os documentos em anexo constituem provas inequívocas do alegado e permitem a análise de plano da ilegalidade apontada.

Diante do exposto, requer seja concedida a liminar para revogar a ordem de prisão, com a expedição de contramandado, e conceder a prisão domiciliar até que seja disponibilizada vaga.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer seja concedida a presente ordem de *habeas corpus* para cassar a ordem de prisão, com a expedição de contramandado ou alvará de soltura, e conceder a prisão domiciliar até que seja disponibilizada vaga para o sentenciado, nos termos do tópico 2. Ainda, requer a concessão da medida em sede de liminar.

Por fim, devem ser observadas prerrogativas institucionais de que goza a Defensoria Pública, em especial o prazo em dobro e a intimação pessoal, previstas na LC 80/94.

Nestes termos, pede deferimento.

Local, data.

NOME

DEFENSOR/A PÚBLICO/A

Órgão de atuação

EXECUÇÃO CRIMINAL

3. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Na execução da pena imposta pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, (i) deve ser fixado o regime aberto e substituída a pena aplicada por restritiva de direitos, em atendimento à Súmula Vinculante 59, que retroage aos casos transitados em julgado anteriormente à sua edição, bem como (ii) deve haver a suspensão da pena alternativa quando unificada com privativa de liberdade, que agora passará a ser superveniente, nos termos do Tema 1106 do STJ.*

ASSUNTO

Tráfico de drogas privilegiado (art. 33, §4º da Lei 11.343/06). Súmula Vinculante 59 do STF. Retroatividade do entendimento favorável ao sentenciado. Vedação da unificação automática das penas. Tema 1106 do STJ.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, a promoção dos direitos humanos, nos termos do art. 134 da Constituição Federal. Por essa razão, tem como objetivo institucional a primazia da dignidade da pessoa humana, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos, nos termos do art. 3º-A da Lei Complementar 80/94. No âmbito da execução penal, o art. 61, III, da Lei de Execução Penal classifica a instituição como órgão da execução penal e o art. 81-A prevê que a Defensoria Pública deve velar pela regular execução da pena, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias.

META DO PLANO DE ATUAÇÃO

Reduzir o superencarceramento pelo delito de tráfico de drogas, reduzindo o tempo de encarceramento de pessoas que atualmente cumprem penas privativas de liberdade unificadas com a de tráfico privilegiado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Súmula Vinculante 59 assim dispõe em seu exato teor:

É impositiva a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, §4º da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, §2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal.

O princípio da legalidade estrita determina que em direito penal a lei penal apenas pode retroagir para beneficiar o réu. Pela mesma razão, **a nova Súmula Vinculante retroagirá inclusive aos casos transitados em julgados anteriormente à sua edição**, como já aconteceu em julgamentos anteriores do próprio STF sobre a Lei de Drogas com a fixação de entendimentos favoráveis aos réus, como o caso julgado no HC 118.533/MS, em que a Corte Suprema estabeleceu que o tráfico privilegiado não consubstanciava crime equiparado a hediondo. Esse entendimento teve aplicação a todos os casos em curso no país, mesmo em sentenças definitivas e em fase de execução. Posteriormente, o entendimento retromencionado virou lei, sendo inserido no art. 112, § 5º, da Lei de Execuções Penais.

Destaca-se que a Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, tem aplicação a todos os órgãos do Poder Judiciário, envolvendo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, tendo eficácia semelhante a uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, ou ainda, uma Medida Provisória expedida pelo Presidente da República.

Pelos seus efeitos e na sua intersecção com o princípio da legalidade no direito penal é que deve retroagir. Fosse entendimento mais gravoso, não retroagiria. Assim, a referida Súmula tem potencial de evitar novas prisões ao se aplicar a casos novos e, ainda, de possibilitar a soltura de pessoas que atualmente cumprem pena, por se aplicar mesmo a casos com trânsito em julgado.

Ainda neste tema, é importante destacar que apesar de retroagir a casos transitados em julgado, por se tratar de interpretação penal mais benéfica, a Súmula Vinculante 59 constitui nova situação jurídica às pessoas que atualmente cumprem pena, a partir da data de edição da Súmula. Cria-se uma pena nova (regime aberto substituída por restritiva de direitos), a partir da sua aplicação no caso concreto, desde a data de edição da Súmula Vinculante.

Sendo assim, há uma necessária relação entre a SV 59 e o Tema 1106 do STJ. Referido tema prevê:

Sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente.

Assim, como constitui nova pena a todas as condenações por tráfico privilegiado em que seu entendimento não foi aplicado, a Súmula Vinculante 59 pode ser aplicada mesmo no caso de penas unificadas com o crime de tráfico privilegiado.

Portanto, nos casos de condenação provisória ou definitiva pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, impõe-se a fixação de regime aberto e substituição da pena aplicada por restritiva de direitos, em atendimento à SV 59, bem como a suspensão da pena alternativa quando unificada com privativa de liberdade, que agora passará a ser superveniente, nos termos do Tema 1106 do STJ.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Segundo o último relatório de informações penais, referente ao primeiro semestre de 2023, há 158.589 pessoas presas por tráfico no Brasil¹, dentre as quais 148.010 são homens e 10.579 são mulheres. No Estado de São Paulo, estão presos por tráfico 70.250 homens e 4.286 mulheres, de modo que a tese aqui proposta impactará na antecipação de soltura de pessoas que atualmente cumprem pena por tráfico privilegiado unificadas com penas privativas de liberdade.

A tese apresentada tem maior impacto no superencarceramento feminino no Estado de São Paulo, certo que dados do mesmo relatório apresentado indicam que no mesmo período havia 8.520 mulheres presas no Estado. É dizer, mais de metade das mulheres presas no Estado de São Paulo cumprem pena por tráfico de drogas.

1 BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Relatório de Informações Penais. 1º semestre de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>. Acessado em 06 de outubro de 2023. p.110

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Na execução penal provisória ou definitiva decorrente de condenação pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, sugere-se que seja pleiteada a aplicação da Súmula Vinculante 59, com a fixação de regime aberto e substituição da pena aplicada por restritiva de direitos, bem como a suspensão da pena alternativa, que agora passará a ser superveniente, nos termos do Tema 1106 do STJ. Nos casos de indeferimento do pedido, sugere-se a interposição de agravo em execução penal. Ainda, em caso de descumprimento da Súmula Vinculante 59, sugere-se a propositura de reclamação constitucional. Por fim, em caso de descumprimento do Tema 1106 do STJ, sugere-se a impetração de *habeas corpus* com pedido liminar ou de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA EXECUÇÃO CRIMINAL

Autos nº XXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX, já qualificado nos autos em epígrafe, assistido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por seu órgão de execução subscritor, no uso das prerrogativas e atribuições conferidas pelas LC nº 80/1994 e LCE nº 988/2006, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

O caso concreto permite a aplicação da Súmula Vinculante 59, que assim dispõe em seu exato teor:

É impositiva a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, §4º da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, §2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal.

O princípio da legalidade estrita determina que em direito penal a lei penal apenas pode retroagir para beneficiar o réu. Pela mesma razão, **a nova Súmula Vinculante retroagirá inclusive aos casos transitados em julgados anteriormente à sua edição**, como já aconteceu em julgamentos anteriores do próprio STF sobre a Lei de Drogas com a fixação de entendimentos favoráveis aos réus, como o caso julgado no HC 118.533/MS, em que a Corte Suprema fixou que o tráfico privilegiado não consubstanciava crime equiparado a hediondo. Esse entendimento teve aplicação a todos os casos em curso no país, mesmo em sentenças definitivas e em fase de execução. Posteriormente, o entendimento retromencionado virou lei, sendo inserido no art. 112, § 5º, da Lei de Execuções Penais.

Destaca-se que a Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, tem aplicação a todos os órgãos do Poder Judiciário, envolvendo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, tendo eficácia semelhante a uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, ou ainda, uma Medida Provisória expedida pelo Presidente da República.

Pelos seus efeitos e na sua intersecção com o princípio da legalidade no direito penal é que deve retroagir. Fosse entendimento mais gravoso, não retroagiria. Assim, a referida Súmula tem potencial de evitar novas prisões ao se aplicar a casos novos e, ainda, de possibilitar a soltura de pessoas que atualmente cumprem pena, por se aplicar mesmo a casos com trânsito em julgado.

Ainda neste tema, é importante destacar que apesar de retroagir a casos transitados em julgado, por se tratar de interpretação penal mais benéfica, a Súmula Vinculante 59 constitui nova situação jurídica às pessoas que atualmente cumprem pena, a partir da data de edição da Súmula. Cria-se uma pena nova (regime aberto substituída por restritiva de direitos), a partir da sua aplicação no caso concreto, desde a data de edição da Súmula Vinculante.

Sendo assim, há uma necessária relação entre a SV 59 e o Tema 1106 do STJ. Referido tema prevê:

Sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente.

Assim, como constitui nova pena a todas as condenações por tráfico privilegiado em que seu entendimento não foi aplicado, a Súmula Vinculante 59 pode ser aplicada mesmo no caso de penas unificadas com o crime de tráfico privilegiado, o que acontece no presente caso concreto.

Portanto, requer-se a aplicação da SV 59, fixando-se regime aberto e substituindo-se a pena aplicada por restritiva de direitos, determinando-se a suspensão da pena alternativa quando unificada com privativa de liberdade, que agora passará a ser superveniente, nos termos do Tema 1106 do STJ.

Nestes termos, pede deferimento.

Local, data.

NOME

DEFENSOR/A PÚBLICO/A

Órgão de atuação

EXECUÇÃO CRIMINAL

4. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *É cabível remição de pena pelo trabalho exercido na economia do cuidado durante o período que a presa permanece com a criança na ala de amamentação da unidade prisional, computando-se 1 dia remido a cada 3 dias de cuidado.*

ASSUNTO

Remição de Pena. Mães em cárcere. Economia do cuidado nas alas de amamentação das unidades prisionais.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, a promoção dos direitos humanos, nos termos do art. 134 da Constituição Federal. Por essa razão, tem como objetivo institucional a primazia da dignidade da pessoa humana, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos, nos termos do art. 3º-A da Lei Complementar 80/94. No âmbito da execução penal, o art. 61, III, da Lei de Execução Penal classifica a instituição como órgão da execução penal e o art. 81-A prevê que a Defensoria Pública deve velar pela regular execução da pena, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias.

META DO PLANO DE ATUAÇÃO

Reconhecer o cuidado da prole dentro da unidade prisional como trabalho exercido pelas mulheres encarceradas no contexto da economia do cuidado, reduzindo o tempo de permanência no cárcere com a concessão de remição de pena.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Por economia do cuidado entende-se as atividades desempenhadas por pessoas que se dedicam à satisfação das necessidades físicas e psicológicas de terceiros, seja esse cuidado remunerado ou não. No contexto doméstico brasileiro, desenvolvido sob uma estrutura sexista, este cuidado foi deixado majoritariamente às mulheres, responsáveis – quase que exclusivamente – pelos cuidados dos idosos e filhos, como se este cuidado fosse condição do próprio sexo feminino.

Apesar da criação de crianças e adolescentes ser o alicerce da reprodução social do próprio mercado de trabalho, em uma sociedade capitalista na qual se valoriza apenas aquilo que possui valor no mercado de consumo, ante a falta de remuneração do trabalho de cuidado no âmbito doméstico, este cuidado não somente é desvalorizado, como acaba sendo desprezado dentro da estrutura econômica.

Não obstante, é, inegável, uma incumbência exaustiva pela sua perenidade e complexidade, que não deveria ser inviabilizada pela falta de compensação às pessoas que desempenham essa função

Toda esta conjectura, por conseguinte, possui reflexos no sistema carcerário, no qual as desigualdades sociais e de gênero se acentuam. Em um ambiente concebido primariamente para os homens, é imperioso que hoje, sob a égide de uma justiça criminal atenta à realidade, o encarceramento seja contemplado de forma interseccional, analisando como aspectos sociais tais quais o sexismo, o racismo e a homotransfobia, entre outros, incidem no cumprimento da pena individualizado e humanizado.

A permanência de crianças, sob o cuidado de suas mães dentro do contexto prisional, é direito previsto na Lei de Execução Penal, que prevê que as penitenciárias femininas sejam adequadas para receber as crianças e suas genitoras. Sob o mesmo entendimento, deve-se adequar os demais institutos de execução criminal às particularidades do encarceramento de mulheres e mães.

O art. 83, §2º da LEP prevê:

‘§ 2o Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam **cuidar** de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (grifo nosso)

A própria legislação acaba por reconhecer que esse período mínimo de 6 meses é destinado ao cuidado dos filhos. Essas mães que permanecem com os filhos não podem trabalhar e/ou estudar durante o período de permanência que, no Estado de São Paulo, usualmente dura 6 meses. Todavia, é indubitável que esse cuidado consubstancia trabalho para fins de remição e, mais do que isso, é constitucionalmente valorizado, quando a CF/88 determina a absoluta prioridade à criança e ao adolescente em seu art. 227 e, ainda, a garantia constitucional de que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, nos termos do art. 5º, L da CF/88.

A redação do art. 126 da LEP garante o direito à remição de pena, estabelecendo suas condições:

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”

Inobstante “a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal.” (REsp n. 744.032/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/4/2006, DJ de 5/6/2006, p. 312). São exemplos da aplicabilidade da analogia *in bonam partem* nesta seara, a remição de pena pela leitura – já regulamentada através da Resolução nº 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça – e pelo exercício de funções como representante de galeria (*vide*: HC nº 823.547/RS, Ministro Messod Azulay Neto, DJe de 27/06/2023).

Ademais, a ausência de remuneração e as demais particularidades desta atribuição, são argumentos ineficazes para desclassificar o trabalho de cuidado como meio de remição. A ausência “expressão econômica” não impede o reconhecimento da remição por estudo, leitura ou para os representantes de galerias, como é o entendimento do STJ. Sobre os moldes do trabalho para fins de remição, Roig, esclarece:

“Considerando também que a LEP não exige que o trabalho realizado seja contínuo, duradouro ou organizado, deve ser admitida a remição mesmo pela prestação de trabalho esporádico ou ocasional, ainda que voluntário e não remunerado. Basta que haja o registro, em planilha, dos dias trabalhados. De fato, a lei não faz restrições quanto à forma, à natureza ou à duração da prestação laborativa, não podendo o intérprete limitá-la em desfavor do indivíduo. Lembremos uma vez mais que são assegurados ao condenado todos os direitos não atingidos pela lei (art. 3º da LEP). [...] Outra constatação: considerando que o trabalho e a educação são direitos sociais (art. 6º da CF) e que a remição é instituto concebido para o benefício das pessoas presas, sua interpretação, aplicação e extensão devem ser as mais amplas possíveis, inclusive com a admissão da analogia *in bonam partem*.” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 400-401.)

Além da invisibilidade relativa ao trabalho exercido por meio do cuidado, resta inviabilizada a remição da pena por meio de outros meios como o trabalho e o estudo dentro da unidade prisional, visto que o cuidado de crianças carece exclusivamente às mães e é ininterrupto.

Destarte, a fim de superar os obstáculos impostos pelo sexismo estrutural às mulheres em cárcere e pela efetivação de uma política sensível às questões gênero, conforme protocolo do Conselho Nacional de Justiça, o trabalho exercido na economia do cuidado para reprodução social deve ser reconhecido juridicamente, em sede de Execução Penal, para fins de remição, garantindo às mulheres o exercício desse direito com respaldo no princípio da dignidade humana, da igualdade material e na aplicação da analogia *in bonam partem*.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Segundo o último relatório de informações penais, referente ao primeiro semestre de 2023, há 158.589 pessoas presas por tráfico no Brasil¹, dentre as quais 148.010 são homens e 10.579 são mulheres. Em São Paulo, estão presos por tráfico 70.250 homens e 4.286 mulheres, de modo que a tese aqui proposta impactará na antecipação de soltura de mães que cuidaram de seus filhos nas unidades prisionais paulista, impactando ainda no respeito ao princípio da igualdade, permitindo que a permanência da mãe com o filho seja positivamente valorada em prol do desencarceramento.

A tese apresentada tem maior impacto no superencarceramento feminino no Estado de São Paulo, certo que dados do mesmo relatório apresentado indicam que no mesmo período havia 8.520 mulheres presas no Estado, havendo 34 crianças com suas mães nas alas de amamentação², todas com possibilidade de serem beneficiadas com remição pelo trabalho no contexto da economia do cuidado.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Na execução penal provisória ou definitiva, sugere-se que seja pleiteada a remição pelo trabalho na economia do cuidado, pela aplicação analógica do art. 126, §1º, II da LEP, com a proporção de 1 dia remido para cada 3 dias de cuidado. Nos casos de indeferimento do pedido, sugere-se a interposição de agravo em execução penal e, por fim, em caso de improvemento do agravo, a impetração de *habeas corpus* com pedido liminar ou de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

1 BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Relatório de Informações Penais. 1º semestre de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>. Acessado em 06 de outubro de 2023. p.110

2 Ibid., p. 65

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA:**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA UNIDADE REGIONAL DE DEPARTAMENTO ESTADUAL DE EXECUÇÃO CRIMINAL DEECRIM 4ª RAJ****PEC nº: [XXXXXXXXXXXXXXXXXX]**

[REEDUCANDA], já qualificada nos autos da execução penal em epígrafe, vem, pelo Defensor Público que esta subscreve, requerer a concessão de **REMIÇÃO PELO TRABALHO EXERCIDO NA ECONOMIA DO CUIDADO DURANTE O PERÍODO QUE PERMANECEU COM A PROLE NA ALA DE AMAMENTAÇÃO**, pelas razões a seguir expostas.

DAS RAZÕES**a. Contextualização: a economia do cuidado**

Por economia do cuidado entende-se as atividades desempenhadas por pessoas que se dedicam à satisfação das necessidades físicas e psicológicas de terceiros, seja esse cuidado remunerado ou não. No contexto doméstico brasileiro, desenvolvido sob uma estrutura sexista, este cuidado foi deixado majoritariamente às mulheres, responsáveis – quase que exclusivamente – pelos cuidados dos idosos e filhos, como se este cuidado fosse condição do próprio sexo feminino.

Apesar da criação de crianças e adolescentes ser o alicerce da reprodução social do próprio mercado de trabalho, em uma sociedade capitalista na qual se valoriza apenas aquilo que possui valor no mercado de consumo, ante a falta de remuneração do trabalho de cuidado no âmbito doméstico, este cuidado não somente é desvalorizado, como acaba sendo desprezado dentro da estrutura econômica.

Não obstante, é, inegável, uma incumbência exaustiva pela sua perenidade e complexidade, que não deveria ser inviabilizada pela falta de compensação às pessoas que desempenham essa função

Toda esta conjectura, por conseguinte, possui reflexos no sistema carcerário, no qual as desigualdades sociais e de gênero se acentuam. Em um ambiente concebido primariamente para os homens, é imperioso que hoje, sob a égide de uma justiça criminal atenta à realidade, o encarceramento seja contemplado de forma interseccional, analisando como aspectos sociais tais quais o sexismo, o racismo e a homotransfobia, entre outros, incidem no cumprimento da pena individualizado e humanizado.

b. Da subsunção da economia do cuidado ao art. 126 da LEP

A permanência de crianças, sob o cuidado de suas mães dentro do contexto prisional, é direito previsto na Lei de Execução Penal, que prevê que as penitenciárias femininas sejam adequadas para receber as crianças e suas genitoras. Sob o mesmo entendimento, deve-se adequar os demais institutos de execução criminal às particularidades do encarceramento de mulheres e mães.

O art. 83, §2º da LEP prevê:

‘§ 2o Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam **cuidar** de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (grifo nosso)

A própria legislação acaba por reconhecer que esse período mínimo de 6 meses é destinado ao cuidado dos filhos. Essas mães que permanecem com os filhos não podem trabalhar e/ou estudar durante o período de permanência que, no Estado de São Paulo, usualmente dura 6 meses. Todavia, é indubitável que esse cuidado consubstancia trabalho para fins de remição e, mais do que isso, é constitucionalmente valorizado, quando a CF/88 determina a absoluta prioridade à criança e ao adolescente em seu art. 227 e, ainda, a garantia constitucional de que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, nos termos do art. 5º, L da CF/88.

A redação do art. 126 da LEP garante o direito à remição de pena, estabelecendo suas condições:

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”

Inobstante “a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal.” (REsp n. 744.032/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/4/2006, DJ de 5/6/2006, p. 312). São exemplos da aplicabilidade da analogia *in bonam partem* nesta seara, a remição de pena pela leitura – já regulamentada através da Resolução nº 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça – e pelo exercício de funções como representante de galeria (*vide*: HC nº 823.547/RS, Ministro Messod Azulay Neto, DJe de 27/06/2023).

Ademais, a ausência de remuneração e as demais particularidades desta atribuição, são argumentos ineficazes para desclassificar o trabalho de cuidado como meio de remição. A ausência “expressão econômica” não impede o reconhecimento da remição por estudo, leitura ou para os representantes de galerias, como é o entendimento do STJ. Sobre os moldes do trabalho para fins de remição, Roig, esclarece:

“Considerando também que a LEP não exige que o trabalho realizado seja contínuo, duradouro ou organizado, deve ser admitida a remição mesmo pela prestação de trabalho esporádico ou ocasional, ainda que voluntário e não remunerado. Basta que haja o registro, em planilha, dos dias trabalhados. De fato, a lei não faz restrições quanto à forma, à natureza ou à duração da prestação laborativa, não podendo o intérprete limitá-la em desfavor do indivíduo. Lembremos uma vez mais que são assegurados ao condenado todos os direitos não atingidos pela lei (art. 3º da LEP). [...] Outra constatação: considerando que o trabalho e a educação são direitos sociais (art. 6º da CF) e que a remição é instituto concebido para o benefício das pessoas presas, sua interpretação, aplicação e extensão devem ser as mais amplas possíveis, inclusive com a admissão da analogia *in bonam partem*.” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 400-401.)

Além da invisibilidade relativa ao trabalho exercido por meio do cuidado, resta inviabilizada a remição da pena por meio de outros meios como o trabalho e o estudo dentro da unidade prisional, visto que o cuidado de crianças carece exclusivamente às mães e é ininterrupto.

Destarte, a fim de superar os obstáculos impostos pelo sexismo estrutural às mulheres em cárcere e pela efetivação de uma política sensível às questões gênero, conforme protocolo do Conselho Nacional de Justiça, o trabalho exercido na economia do cuidado para reprodução social deve ser reconhecido juridicamente, em sede de Execução Penal, para fins de remição, garantindo às mulheres o exercício desse direito com respaldo no princípio da dignidade humana, da igualdade material e na aplicação da analogia *in bonam partem*.

DO PEDIDO

Ante todo o exposto, considerando que a prole da reeducanda ficou sob sua responsabilidade na Ala de Amamentação e, deste modo, a sentenciada exerceu trabalho consignado à economia do trabalho, requeiro seja oficiada a Unidade Prisional na qual a reeducanda desempenhou essa função com o objetivo de que informe o período em que houve a permanência da criança com a executada na Ala de Amamentação, de maneira que todos os dias sejam considerados para fins de remição, computando-se 1 dia remido para cada 3 dias de cuidado, nos termos do art. 126, §1º, II da LEP.

Local, data.

NOME

DEFENSOR/A PÚBLICO/A

Órgão de atuação

EXECUÇÃO CRIMINAL

5. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A impossibilidade de adimplemento da pena de multa criminal é presumida quando o/a réu/ré é assistido/a pela Defensoria Pública, incumbindo ao Ministério Público provar o contrário como condição precípua para realização de medidas constritivas. Caso contrário, deve-se, desde logo, ser extinta a punibilidade nos termos do Tema nº 931/STJ.*

ASSUNTO

Processo penal – Multa – Tema 931/STJ – Presunção de impossibilidade de pagamento (Área temática: Execução Criminal)

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Artigo 5º, incisos III, IX, da Lei Complementar 988/2006 do estado de São Paulo:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A revisão do Tema nº 931 do Superior Tribunal de Justiça, fixada no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.785.383/SP e 1.785.861/SP, firmou entendimento segundo o qual: “Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.”

Pretende-se, com a presente proposta de súmula, autorizar a presunção de que, caso o condenado tenha sido representado judicialmente pela Defensoria Pública, a ele é impossível adimplir a sanção pecuniária e, conseqüentemente, deveria ser extinta a punibilidade das penas aplicadas nos termos do Tema nº 931/STJ.

Para uma plena compreensão da proposta, é necessário tratar da distribuição do ônus da prova e suas respectivas regras, para se concluir que, independentemente da linha assumida, a presunção enunciada é válida.

A distribuição do ônus da prova segue diferentes critérios a depender da esfera de atuação. No processo penal, em regra, o encargo recai sob a acusação, diante do princípio da presunção de inocência. Tal fundamento principiológico, implica caber “ao Ministério Público ou ao querelante provar os fatos constitutivos do ius puniendi que, no caso, seriam: a conduta típica, incluindo os elementos subjetivos do tipo penal, bem como a autoria”¹.

Segundo o critério da normalidade, sobre cada direito coexistem condições essenciais e condições gerais, ou genéricas. Aquele que pretende invocar o direito, deve comprovar a presença

1 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 259.

de suas condições essenciais. As condições gerais, por seu turno, presumem-se existentes, uma vez que partem de um lugar do ordinário: “[o] que é ordinário, não necessita se provar; já o que é anormal, excepcional ou extraordinário deve ser provado”.²

Ora, tal premissa decorre da própria concepção lógica de reconhecimento de um direito. Quando certa condição, em situações habituais, se verifica, não é necessário prová-la. Se alguém acusa sua não presença, este tem a incumbência de provar a alegação, ou o fato impeditivo. O que se importa provar é a exceção e não a regra. A regra é presumida.

Forçoso concluir, pois, pela necessidade de se guiar pela condição geral. No caso da presunção de impossibilidade de pagamento da multa penal de réu assistido pela Defensoria Pública, bastaria, portanto, se identificar o perfil dos assistidos para concluir se a presunção é, de fato, uma condição geral. Não se desconhece o fato de que, dentro do processo criminal, não é necessária prova da hipossuficiência para acesso à Defensoria Pública. Contudo, ao se analisar os dados³ daqueles que são representados pelo órgão, logo se conclui tratar-se de populações vulneráveis, incapazes financeiramente de arcar com a pena de multa sem prejuízo de seu próprio sustento. A impossibilidade de adimplemento é a regra, a condição geral, ordinária.

O critério adotado pelo Código de Processo Civil perpassa pela diferenciação entre os fatos constitutivos, de um lado, e os impeditivos, modificativos ou extintivos, de outro. Quanto aos primeiros, incumbiria ao autor o ônus da prova, quanto aos demais, ao réu. É o que enuncia o *caput* e os incisos do artigo 373 do Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

- I. ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- II. ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)

Contudo, o dispositivo mencionado, em seu parágrafo primeiro, trata também das situações envolvendo provas diabólicas: “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”. As chamadas provas diabólicas frequentemente associam-se às provas de fatos negativos, apesar de seus conceitos não se confundirem.

No caso da comprovação da impossibilidade de pagamento da pena de multa, exigida no Tema 931 do Superior Tribunal de Justiça, evidente que se trata de prova de fato negativo (não possibilidade de adimplemento) e também diabólica, porque exige de populações vulneráveis documentos a que, muitas vezes, elas não acesso. O Ministério Público, por seu turno, tem acesso a sistemas informatizados que facilmente comprovariam eventual capacidade econômica do réu.

A Súmula aqui debatida nem chega a demandar a inversão do ônus da prova sem indícios. O que se coloca é que, para os assistidos pela Defensoria Pública, haveria a presunção da hipossuficiência e, diante de tal condição, incumbiria ao Ministério Público a prova no sentido contrário. Esse

2 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 246.

3 Os dados comprobatórios serão expostos na seção da fundamentação fática.

fato - representação pela Defensoria Pública - caracterizaria uma *probatio levior*, o que autorizaria o magistrado “a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência.”⁴

Diante de todo o exposto, evidencia-se que, seja qual for a compreensão acerca da repartição do ônus da prova, a representação do réu pela Defensoria Pública caracteriza presunção suficiente para o reconhecimento de impossibilidade de adimplemento da pena de multa, conforme será comprovado adiante.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A presunção de impossibilidade de pagamento da pena de multa por réu assistido pela Defensoria Pública fundamenta-se em dois eixos: (i) perfil socioeconômico das pessoas assistidas e; (ii) os baixos valores das penas de multa executadas, que revelam a criminalidade à qual essas multas estão associadas.

Quanto ao primeiro eixo, a Defensoria Pública do estado de São Paulo, nos autos do Recurso Especial nº 1.785.383/SP, apresentou dados obtidos por meio das mais de 4.000 intimações recebidas no Portal Eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nessa oportunidade, destacou-se o perfil socioeconômico das pessoas executadas às quais as intimações se referem, a partir de pesquisa elaborada por amostragem com base nas declarações no inquérito policial, chegando-se aos seguintes resultados:

- a. Ao redor de **96%** informaram **não possuir valores depositados em banco**, e 95% relataram não ter bens imóveis;
- b. Em torno de 31% declararam expressamente não possuir trabalho, e em 24% dos casos não há dados sobre isso;
- c. Dentre os que declararam o valor mensal recebido pelo trabalho, por volta de 51% ganham até 1.000,00 reais e 26% entre 1.000,00 e 1.500,00 reais, **redundando em quase 77% de pessoas recebendo menos de dois salários mínimos.**
- d. Dentre os que declararam o valor diário recebido pelo trabalho, denotando a existência e emprego informal, quase 20% recebem diárias de até 50,00 reais e 73% recebem diárias entre 50,00 e 100,00 reais;
- e. 47% têm o ensino fundamental completo e 23% o fundamental incompleto, totalizando, então, em torno de **70% de pessoas sem sequer terem iniciado do ensino médio.**” (grifos nossos)

Não há dúvida que tais dados revelam a vulnerabilidade das pessoas representadas pela Defensoria Pública nos processos de execução da pena de multa, como também enunciam a evidente impossibilidade de pagamento sem prejuízo do sustento do/a assistido/a. Prova disso é que: 96% declararam não possuir valores depositados em banco, e 77% das pessoas que declararam o valor

4 DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista Direito Mackenzie, 2017, v. 11, n. 2, p. 139.

recebido como salário informaram receber menos de dois salários-mínimos. Ora, executar a multa de tais pessoas, impondo-lhes medidas constritivas, obviamente prejudicará seu sustento e de sua família, sendo imperioso o reconhecimento da presunção de hipossuficiência.

Dados semelhantes foram encontrados no monitoramento realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em mutirão jurídico, iniciado em 2022 e ainda em curso, com 241 pessoas assistidas⁵: 72,2% delas declararam ganhar menos de um salário- mínimo; 71,4% declararam não ter completado o Ensino Médio; quase um quinto das pessoas relataram estar em situação de rua no momento do atendimento; 59,3% informaram estarem desempregadas e, das pessoas empregadas, 82,1% relataram não estarem registradas.

Segundo dados informados pelo Ministério Público de São Paulo em resposta a pedido do Núcleo Especializado em Situação Carcerária da Defensoria Pública do estado de São Paulo, “[e]ntre janeiro de 2020 e maio de 2021, foram ajuizadas quase 74.000 ações de execução de pena de multa nesse Estado”, sendo que, em média, são ajuizadas 5.000 novas execuções por mês no estado. É fato notório que uma parcela significativa da defesa dessas execuções recai sob a responsabilidade da Defensoria Pública que, vale dizer, não tem acesso aos mesmos sistemas informatizados que o Ministério Público.

Para além disso, com base na análise das 4.000 intimações, mencionada anteriormente, foi possível obter informações sobre os valores das multas cobradas:

“a) 53% das ações ajuizadas tratam de cobrança de multa cujo valor não ultrapassa 500,00 reais; b) 65% dizem respeito a valores que não ultrapassam 1.000,00 reais; c) 99% dos valores não chegam ao teto de não execução pela Fazenda Estadual; d) 91% não alcançam o limite de não execução da Fazenda Nacional.”

Esses dados desvelam a forma de criminalidade de que tratam essas execuções, crimes cuja penalização incide justamente sob a parcela hipossuficiente da população: “Afinal, o ínfimo valor das multas cobradas revela a existência de penas de multa baixas e de ausência de capacidade financeira para pagamento, conforme dispõe os critérios legais para a sua fixação.”⁶

Vale destacar que, enquanto a Lei Estadual nº 14.272/10, em seu artigo 1^o e a Resolução PGE/SP-21, de 23/8/2017, também no artigo 1^o, estabelecem como valor mínimo para execução 1.200 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs) – que atualmente corresponde a mais de R\$ 40.000,00 -, calcadas em premissas e estudos de custo-efetividade, no âmbito criminal são executadas multas que, em 53% dos casos, não ultrapassam R\$ 500,00. Executa-se todo e qualquer valor, movendo todo o aparato judicial, contra hipossuficientes.

5 Em 2022, o IDDD deu início a um novo mutirão voltado ao atendimento jurídico gratuito de pessoas condenadas a pagar a multa penal, a partir da identificação das mazelas causadas pela impossibilidade de pagamento da multa em decorrência da hipossuficiência de grande parte das pessoas condenadas.

6 Trecho da manifestação da Defensoria Pública do estado de São Paulo, na ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.785.383/SP (e-STJ fl. 250).

7 “Artigo 1º - Fica o Poder Executivo, por meio dos órgãos competentes da Procuradoria Geral do Estado, autorizado a não propor ações, inclusive execuções fiscais, assim como requerer a desistência das ajuizadas, para cobrança de débitos de natureza tributária ou não tributária, cujos valores atualizados não ultrapassem 1.200 (mil e duzentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs.” (NR).”

8 “Artigo 1º Não será proposta execução fiscal visando à cobrança dos débitos abaixo relacionados, quando o valor da causa for igual ou inferior a 1.200 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs)”

As pessoas executadas, diante do não reconhecimento da hipossuficiência, permanecem com seus direitos políticos suspensos. A suspensão dos direitos políticos, por sua vez, leva ao cenário de (ainda maior) exclusão social do egresso e da egressa, pois promove a impossibilidade prática de obtenção de emprego formal, de celebração de negócios jurídicos que dependam de garantias (v.g. contrato de aluguel), de acesso a crédito, de abertura de conta corrente em bancos, da possibilidade de prestar concurso público, bem como a maior dificuldade de reinserção familiar e comunitária.

Outra consequência prática do não reconhecimento da presunção de hipossuficiência de assistidos da Defensoria Pública é viabilizar a execução de valor contra a pessoa condenada, atingindo patrimônio essencial para sua subsistência, como a penhora de auxílio-emergencial, de valores de pensão alimentícia, valores módicos em poupança e até mesmo valores depositados em conta de pecúlio por trabalhos executados pela pessoa egressa enquanto se encontrava no estabelecimento prisional, o que atinge não apenas o(a) executado(a), mas igualmente seus dependentes e familiares.

Diante de tal cenário, exigir-se uma prova de fato negativo e diabólica, sobre uma condição – de hipossuficiência – que é identificada na imensa maioria das situações, transmuta-se em algo irracional e cujas consequências vão em sentido totalmente oposto ao objetivo disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal, de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Considerando os dados de perfil dos assistidos nos processos de execução, corroborados pelos dados colhidos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o montante de execuções de penas de multa, os valores das penas de multa executados contra os/as assistidos/as e seus efeitos deletérios, não há outra conclusão senão a presumida impossibilidade de pagamento por aqueles/as que são assistidos/as pela Defensoria Pública.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Nos processos de execução criminal, seja de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, ao se deparar com um/a assistido/a que tenha sido condenado/a concomitantemente à pena privativa de liberdade e multa, o/a defensor/a deverá, desde logo, requerer a extinção da pena de multa, fundamentando seu pedido na presunção de impossibilidade de pagamento, quando o/a réu/ré for representado/a pela Defensoria Pública.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOVER.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA**AO JUÍZO DA ___ª VARA DO FORO REGIONAL DE... DA COMARCA DE... DO ESTADO DE SÃO PAULO***Ementa da petição:*

XX

XX

XX

Autos nº*Ação de execução da pena de multa*

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyy, residente e domiciliado/a na Rua yyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyy, telefone(s) xxx, e-mail xxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos

incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de processo de execução de pena de multa, imposta nos autos do processo nº _____, que resultou na condenação do/a Sr/a. _____, nos termos do artigo _____, da Lei nº _____, à pena de _____, e X dias multas, calculados no mínimo legal.

Diante da condenação à pena de multa, o órgão acusatório instaurou a presente execução.

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

Em 2019, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 3.150, fixou o entendimento de que o regime instituído pelo art. 51 do Código Penal não retirava a atribuição primária do Ministério Público para execução da pena de multa, nem a competência do Juízo da execução penal para processar e julgar os pedidos de execução, cabendo à Fazenda Pública um papel subsidiário na cobrança dos valores.

A razão adotada pela Corte Suprema, a partir do voto do Ministro Barroso, foi de que a pena de multa seria uma sanção penal autônoma, cabendo a ela “papel retributivo e preventivo geral” de “desestimular no próprio infrator ou em infratores potenciais, a conduta estigmatizada pela legislação penal.”

Posteriormente, foi promovida alteração no art. 51 do Código Penal pela Lei n.º 13.964/2019 (o “Pacote Anticrime”), em que foi atribuída expressamente ao Ministério Público e à Justiça Criminal a competência para execução dos valores da pena de multa.

Em 25/11/2021, o Superior Tribunal de Justiça modulou a aplicabilidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado na ADI 3.150. Revisando o Tema 931, firmou entendimento segundo o qual: “Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.”

Na hipótese dos autos, por se tratar de réu/ré representado/a pela Defensoria Pública, presume-se a hipossuficiência, devendo, desde logo, ser extinta a punibilidade nos termos do Tema 931/STJ.

O critério adotado pelo Código de Processo Civil de distribuição do ônus da prova perpassa pela diferenciação entre os fatos constitutivos, de um lado, e os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, de outro. Quanto aos primeiros, incumbiria ao autor o ônus da prova, quanto aos demais, ao réu. É o que enuncia o caput e os incisos do artigo 373 do Código de Processo Civil:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

- I. ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- II. ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)”

Contudo, o dispositivo mencionado, em seu parágrafo primeiro, trata também das situações envolvendo provas diabólicas, “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”. As chamadas provas diabólicas frequentemente associam-se às provas de fatos negativos, apesar de seus conceitos não se confundirem.

No caso da comprovação da impossibilidade de pagamento da pena de multa, exigida no Tema 931 do Superior Tribunal de Justiça, evidente que se trata de prova de fato negativo (não possibilidade de adimplemento) e, também, diabólica, porque exige de populações vulneráveis, em inegável estado de exclusão digital, documentos a que, muitas vezes, elas não acesso. O Ministério Público, por seu turno, tem acesso a sistemas informatizados que facilmente comprovariam caso o/a réu/ré tivesse condições de arcar com a pena de multa sem prejuízo de seu sustento.

Portanto, é evidente que não se pode exigir do sentenciado que prove o negativo. É o Ministério Público quem tem o ônus de provar as condições do cumprimento da pena.

Mesmo assim, a representação pela Defensoria Pública caracteriza probatio levior, que autoriza o magistrado “a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência.”⁹

A Defensoria Pública do estado de São Paulo analisou dados obtidos através das mais de 4.000 intimações recebidas no Portal Eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo. Nessa oportunidade, destacou-se o perfil socioeconômico das pessoas executadas às quais as intimações se referem, a partir de pesquisa elaborada por amostragem com base nas declarações no inquérito policial, chegando-se aos seguintes resultados:

- a. Ao redor de 96% informaram não possuir valores depositados em banco, e 95% relataram não ter bens imóveis;
- b. Em torno de 31% declararam expressamente não possuir trabalho, e em 24% dos casos não há dados sobre isso;
- c. Dentre os que declararam o valor mensal recebido pelo trabalho, por volta de 51% ganham até 1.000,00 reais e 26% entre 1.000,00 e 1.500,00 reais, redundando em quase 77% de pessoas recebendo menos de dois salários-mínimos.
- d. Dentre os que declararam o valor diário recebido pelo trabalho, denotando a existência e emprego informal, quase 20% recebem diárias de até 50,00 reais e 73% recebem diárias entre 50,00 e 100,00 reais;
- e. 47% têm o ensino fundamental completo e 23% o fundamental incompleto, totalizando, então, em torno de 70% de pessoas sem sequer terem iniciado do ensino médio.

Não há dúvida que tais dados revelam a vulnerabilidade das pessoas representadas pela Defensoria Pública nos processos de execução da pena de multa, como também enunciam, evidentemente, a impossibilidade de pagamento destas sem prejuízo do sustento do assistido. Prova disso é que: 96% declararam não possuir valores depositados em banco, e 77% das pessoas que declararam o valor recebido como salário informaram receber menos de dois salários-mínimos.

Ora, no caso concreto, a imposição de medidas constritivas ao Sr(a)., obviamente prejudicará seu sustento e de sua família, sendo imperioso o reconhecimento da presunção de hipossuficiência.

As pessoas executadas, diante do não reconhecimento da hipossuficiência, e conseqüente não extinção da punibilidade, permanecem com seus direitos políticos suspensos.

A suspensão dos direitos políticos, por sua vez, leva ao cenário de (ainda maior) exclusão social do egresso e da egressa, pois promove a impossibilidade prática de obtenção de emprego formal, de celebração de negócios jurídicos que dependam de garantias (v.g. contrato

9 DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista Direito Mackenzie, 2017, v. 11, n. 2, p. 139.

de aluguel), de acesso a crédito, de abertura de conta corrente em bancos, da possibilidade de prestar concurso público, bem como a maior dificuldade de reinserção familiar e comunitária.

Outra consequência prática do não reconhecimento da presunção de hipossuficiência de assistidos da Defensoria Pública é viabilizar a execução de valor contra a pessoa condenada, atingindo patrimônio essencial para sua subsistência, como a penhora de auxílio-emergencial, de valores de pensão alimentícia, valores módicos em poupança e até mesmo valores depositados em conta de pecúlio por trabalhos executados pela pessoa egressa enquanto se encontrava no estabelecimento prisional, o que atinge não apenas o(a) executado(a), mas igualmente seus dependentes e familiares, subtraindo dele toda e qualquer traço de dignidade, impondo óbice por muitas vezes intransponível à ressocialização, fim máximo do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

A partir de todo o exposto, conclui-se que a impossibilidade de adimplemento da pena de multa é presumida quando o/a réu/ré é assistido/a pela Defensoria Pública, incumbindo ao Ministério Público a colação de elementos fáticos- probatórios que apontem em sentido contrário como condição precípua para realização de medidas constritivas. Caso contrário, deve-se, desde logo, ser extinta a punibilidade nos termos do Tema nº 931/STJ.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- c. **Seja dispensado o recolhimento da pena de multa, extinguido-se a obrigação em razão da impossibilidade de pagamento e desproporcionalidade de sua exigência no caso concreto, declarando-se extinta a punibilidade do apenado e oficiando-se ao cartório eleitoral e ao Juízo do processo de conhecimento para anotação da extinção da pena;**

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - [MODELO DE PEÇA](#)

EXECUÇÃO CRIMINAL

6. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *As decisões homologatórias de acordos de não persecução penal que tramitem perante o juízo competente para execução penal não poderão ser alteradas em prejuízo do executado mesmo que se aleguem erros materiais, uma vez que se submetem à coisa julgada formal, possuem eficácia preclusiva e se interpretam a partir das balizas dos ajustes obrigacionais do Direito Civil.*

ASSUNTO

Execução de decisões homologatórias de acordos de não persecução penal – respeito aos ajustes obrigacionais pactuados – impossibilidade de alteração superveniente em prejuízo do executado.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública zelar pela plenitude de defesa e garantir que o(a) acusado(a) possa exercer os direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 5º, III e IX, da Lei Complementar 988/06 e art. 4º, I e V, da Lei Complementar 80/94,

Art. 5º São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

(...)

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

Assim, a presente tese tem por escopo garantir que não se alterem na fase da execução, em prejuízo dos executados, os acordos de não persecução penal homologados judicialmente, considerando-se o respeito à coisa julgada formal, à eficácia preclusiva das decisões, à segurança jurídica e às balizas interpretativas do Código Civil a respeito da interpretação dos ajustes obrigacionais.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Lei nº 13.964 de 2019, ao incluir o artigo 28-A no Código de Processo Penal (“CPP”), estabeleceu que, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, poderá o Ministério Público propor acordo de não persecução penal (“ANPP”), desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as condições delimitadas nos incisos do mesmo artigo.

É possível que o(a) Defensor(a) Público(a) que atua na área criminal se depare com o seguinte cenário: por terem sido preenchidos os requisitos presentes no art. 28-A do CPP, o Ministério Público

propõe acordo de não persecução penal, que é homologado pelo juízo. Contudo, já no âmbito da execução criminal, o(a) representante do *parquet* sugere que erro material teria ocorrido durante a celebração do acordo (e.g. na dosimetria da pena aplicada), razão pela qual postula pela sua retificação no âmbito da própria execução.

Trata-se, aqui, de caso ainda pouco explorado no âmbito dos tribunais superiores. Há, contudo, entendimento geral no Superior Tribunal de Justiça ("STJ") a respeito da impossibilidade de se corrigir, de ofício, "erro material", em desfavor do réu, haja vista a prevalência do princípio do *non reformatio in pejus*, que impede o agravamento da situação do réu quando não há manifestação formal e tempestiva da acusação nesse sentido¹.

Já o Supremo Tribunal Federal ainda não foi provocado a respeito da tese ora apresentada, mas vem se inclinando, em casos semelhantes, pelo respeito à segurança jurídica e à coisa julgada ao obstar que, em recursos exclusivos da defesa, sobrevenha um agravamento da situação processual dos acusados.

A hipótese aqui narrada guarda semelhança com as demais questões envolvendo ajustes de sentenças por erros materiais que ocorrem nos processos de execução criminal, e que, invariavelmente prejudicam o réu. Isso pois, ao reformar sentença que homologou o acordo de não persecução penal, pode ser estabelecida situação em que o réu não mais cumpra os requisitos delimitados pelo art. 28-A do CPP, perdendo, assim, o direito de extinguir-se a punibilidade por meio do cumprimento do acordo.

A despeito de guardar semelhanças com as situações acima mencionadas, o caso aqui abordado possui algumas particularidades, principalmente em vista de se tratar de um acordo de não persecução penal. Como leciona Souza (2019), o ANPP consiste em instrumento recente da política criminal brasileira, buscando abarcar crimes de média gravidade, praticados sem violência ou grave ameaça, por pessoas que não ostentam antecedentes criminais. Revela-se, assim, como um instituto capaz de desobstruir o congestionado sistema de justiça criminal, que deve ser fortalecido e resguardado pela segurança jurídica.

Desta forma, tendo em vista se tratar de instituto importante para a política criminal do país, torna-se de suma importância o seu fortalecimento e a sua proteção. Ainda, deve ser levado em conta que eventual ajuste no acordo já homologado não somente prejudica o réu, mas também reflete em uma afronta aos institutos da coisa julgada formal e da boa-fé objetiva.

Da coisa julgada

Nos termos do Enunciado 24 do CNPG/GNCCRIM, a homologação do acordo de não persecução penal consiste em ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito ou conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo indispensável no sistema acusatório. Consequentemente, tendo em vista a ausência de análise de mérito na sentença que homologa o ANPP, esta faria apenas coisa julgada formal, não mais podendo ser discutida no processo em que foi proferida após o transcurso do prazo recursal e do esgotamento das vias recursais.

1 Vide AgRg no AREsp nº 1575643/ES, AgRg no HC nº 595469/SC, AgRg no HC nº 735583/SC e HC nº 278.596/SP.

A ausência de coisa julgada material na sentença homologatória do acordo de não persecução penal é defendida por Barros e Romaniuc (2018). Os autores destacam que, sendo o ANPP um instrumento celebrado antes mesmo da formação do processo em si, seria possível concluir que em nada diz respeito aos elementos do crime e, portanto, não estaria apto à formação de coisa julgada material. Nesse sentido, Würzius e Passos Júnior (2023) entendem que a formação da coisa julgada material só ocorreria após o integral cumprimento do acordo, e com a consequente extinção da punibilidade.

Apesar de já ser possível a identificação de uma posição doutrinária inclinada a defender que a sentença homologatória do acordo de não persecução penal formaria coisa julgada formal, ainda se nota a necessidade de aprofundamento doutrinário a respeito de especificidades que possam ocorrer no curso do cumprimento deste acordo (e.g. casos nos quais se alega a necessidade de retificação de ANPP já na fase de execução).

No tocante à discussão jurisprudencial sobre o tema, ainda não há precedentes que abordam as especificidades acima mencionadas. Contudo, o STJ entende, de maneira mais ampla, que o trânsito em julgado de uma sentença declaratória (como a decisão homologatória do ANPP), faz com que surja a eficácia preclusiva da coisa julgada:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA. ARGUIÇÃO NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. **Ocorrendo o trânsito em julgado da sentença declaratória, surge a eficácia preclusiva da coisa julgada, impedindo o conhecimento até mesmo das matérias de ordem pública, como a prescrição, na fase de cumprimento de sentença.**
2. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(AgInt no AREsp n. 1.749.877/GO, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 10/6/2021.)

De qualquer sorte, não havendo uma sedimentação na doutrina e na jurisprudência a respeito dos efeitos da coisa julgada nos acordos de não persecução penal, e a despeito da correta consideração do Superior Tribunal de Justiça sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada nas ações declaratórias, o que abarcaria a decisão homologatória da ANPP, figura-se pertinente também abordar o assunto sob o prisma Direito Civil, em especial no que tange à interpretação a ser conferida aos negócios jurídicos ou ajustes obrigacionais bilaterais, o que se passa a expor.

Da utilização do Direito Civil como suporte à eficácia preclusiva das decisões homologatórias de acordos de não persecução penal

A respeito da natureza jurídica do acordo de não persecução penal, Masi (2020) afirma ser este um negócio jurídico ou ajuste obrigacional extraprocessual e bilateral, com efeitos penais, celebrado entre o titular da ação penal e o investigado, por meio do qual as partes manifestam um interesse mútuo de que o caso não seja submetido ao Judiciário e requerem a homologação, de natureza meramente declaratória, pelo juiz competente. Ao ser homologado judicialmente, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que seja iniciada a execução do acordo perante o juízo de execução criminal.

Não obstante produzir efeitos na relação jurídica criminal, o acordo de não persecução penal constitui um negócio jurídico bilateral de natureza pré-processual, de modo que os princípios clássicos da teoria dos negócios jurídicos deverão incidir na interpretação deste instrumento.

Antes de se iniciarem as considerações a respeito da teoria dos negócios jurídicos, faz-se imperativo destacar que a Lei de Execução Penal prevê, em seu art. 2º, uma cláusula de abertura para a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, que em seu art. 3º afirma que *“a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”*. Desta forma, faz-se possível a interpretação do ANPP à luz de princípios consagrados no Direito Civil brasileiro.

Os negócios jurídicos, quanto às manifestações de vontade dos envolvidos, podem ser classificados em bilaterais, unilaterais e plurilaterais. Como leciona Tartuce (2022), os negócios jurídicos bilaterais seriam aqueles nos quais há duas manifestações de vontade coincidentes sobre o objeto ou bem jurídico tutelado. Tartuce (2019) afirma, ainda, que o negócio jurídico típico por excelência seria o contrato, concebido como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, à modificação ou à extinção de direitos e deveres, com conteúdo patrimonial.

Mello (2012) alega, entretanto, que nem todos os negócios jurídicos bilaterais são contratos, e afirma que os acordos também podem se encaixar na mesma categoria. Para o autor, o contrato e o acordo distinguem-se, pois, no primeiro haveria composição de interesses opostos ou divergentes, enquanto no segundo, os interesses seriam paralelos e convergentes para um escopo comum.

Dessa forma, é imperativo afirmar que as normativas gerais dos negócios jurídicos bilaterais devem ser aplicáveis, também, ao acordo de não persecução penal. Dentre estas, destaca-se a interpretação conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração, prevista no art. 113, caput, do Código Civil (“CC”). Como leciona Tartuce (2022), a boa-fé aqui prevista é consagrada como meio de se interpretar os negócios jurídicos da maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé, implicando que as partes ajam de maneira honesta e leal no âmbito do acordo (função interpretativa da boa-fé objetiva).

Vale mencionar que o art. 187 do Código Civil estabelece que aquele que contraria a boa-fé objetiva no exercício de um direito comete abuso de direito (função de controle da boa-fé objetiva). O Enunciado nº 414 da V Jornada de Direito Civil afirma, inclusive, que *“a cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e **aplica-se a todos os ramos do direito**”*.

A função integrativa da boa-fé objetiva é abstraída do art. 422 do CC, segundo o qual *“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”*. No mesmo sentido, o Enunciado nº 170 do Conselho da Justiça Federal, orienta que *“a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”*. Tartuce (2022) afirma que é da função integrativa que decorrem os conceitos parcelares da boa-fé, como *supressio, surrectio, venire contra factum proprium, exceptio doli e tu quoque*.

Ainda, em um paralelo com a relação de consumo, na qual há clara disparidade de “forças” entre a parte contratante e contratada, podemos pensar na possibilidade de uma interpretação mais favorável ao acusado no âmbito do ANPP, nos moldes do previsto no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), no qual se prevê que *“as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”*.

Ainda no âmbito da função integrativa da boa-fé objetiva, Messias (2020) aponta que o princípio de *venire contra factum proprium* é utilizado no que diz respeito ao uso inquisitorial ou acusatório de uma confissão obtida para fins estritamente consensuais. Ou seja, se o Ministério Público, no âmbito do ANPP, deu causa à confissão do investigado, apenas para fins de prova do consenso e evitação da denúncia, é defeso a este, posteriormente, vir contra os seus próprios atos, isto é, incorrer em comportamento contraditório, ajuizando ação penal lastreada nesta confissão.

Por fim, vale mencionar que o art. 28-A, § 10º prevê uma única forma de rescisão de um ANPP, que seria a hipótese de descumprimento de quaisquer das condições neste estipuladas, situação na qual o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Como já mencionado acima, é possível que o(a) Defensor(a) Público(a), que atua na área criminal, se depare com o pedido de retificação de um acordo de não persecução penal já homologado pelo juízo, e, dessa forma, já no âmbito da execução criminal. Em tal pedido, o (a) representante do *parquet* sugere que erro material teria ocorrido durante a celebração do acordo, razão pela qual postula pelo ajuste.

Entendemos, entretanto, que carece o(a) representante do *parquet* de atribuição para ventilar possíveis equívocos materiais no acordo de persecução penal, assim como também carece o juízo da execução criminal de competência para reanalisar o conteúdo do pacto celebrado entre as partes, mesmo que sob pretexto de "sanar" erros materiais, o que se passará a explicar.

Primeiramente, como já exposto acima, o ANPP é homologado por meio de uma sentença de natureza declaratória, que adquire eficácia preclusiva após o seu trânsito em julgado. Ademais, destaca-se que a homologação deste acordo faz coisa julgada formal.

Além disso, sabe-se que o acordo de não persecução penal constitui um negócio jurídico bilateral de natureza pré-processual, a fim de atingir um fim consensual, de modo que os princípios clássicos da teoria liberal dos negócios jurídicos deverão incidir para expor a antijuridicidade do pedido ministerial. Dessa forma, é clara a incidência do previsto no art. 113 do Código Civil, que prevê que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Considerando-se, ainda, que não foi o executado quem redigiu o negócio jurídico bilateral formalizado pelo pacto celebrado entre as partes, entende-se que deve ser aplicada a interpretação que lhe é mais favorável, nos termos do inciso IV, do § 1º, do artigo 113, do Código Civil. Ainda podemos, devido à disparidade de forças entre as partes que pactuam no ANPP, em interpretação analógica ao CDC, entender que o acordo deverá ser interpretado da maneira mais benéfica ao acusado.

Além disso, não podemos nos olvidar da norma contida no inciso III, do §1º do artigo 113 do Código Civil, segundo o qual "*a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que (...) corresponder à boa-fé*". Nessa toada, não tendo sido aventada qualquer violação à boa-fé objetiva do executado, no momento da celebração do acordo de não persecução penal, nenhuma retificação do negócio jurídico bilateral poderá ser promovida em seu detrimento, sob pena de simultânea violação aos incisos III e IV, do § 1º, do artigo 113, do Código Civil.

Destaca-se, ainda, que o artigo 422 da Lei Civil também consagra a função integrativa do princípio da boa-fé objetiva, que traz em si deveres como o da lealdade e o da confiança, que devem incidir em todas as fases do negócio jurídico, inclusive na etapa de sua execução. Dessa forma, fica claro que a tentativa de retificação do acordo não velou pela proteção da confiança do executado, que, de boa-fé, celebrou o negócio jurídico bilateral com o *parquet*.

Ainda, com a entrega do termo ao assistido da Defensoria Pública e com a sua efetiva intimação na fase da execução, operou-se em relação a ele o instituto da *surrectio*, corolário da já referida função integrativa do princípio da boa-fé objetiva, conceituada por Tartuce (2022) como o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes.

Dessa maneira, o direito ao cumprimento do acordo de não persecução penal se adquire pelo decurso do tempo, tendo em vista a expectativa legitimamente despertada no assistido da Defensoria Pública, não apenas pela formalização do acordo, mas também pela determinação de sua intimação para o cumprimento, pelo próprio Juízo da Execução Criminal, sem que quaisquer considerações a respeito da (in)validade do negócio jurídico bilateral tenham sido vislumbradas.

Ante o acima exposto, vê-se que o instituto do acordo de não persecução penal deve ser interpretado com base na teoria civilista dos negócios jurídicos, tendo em vista ter natureza de negócio jurídico bilateral, impossibilitando sua retificação ou rescisão após sua homologação pelo juízo criminal.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A tese descrita tem por finalidade estabelecer um paralelo entre a execução penal e o Direito Civil, a fim de que se proteja a boa-fé e a confiança do(a) acusado(a) após a homologação do acordo de não persecução penal, restringindo as hipóteses de rescisão do pacto apenas ao previsto no §10º do art. 28-A do CPP.

Sugere-se que a tese seja aplicada nas circunstâncias fáticas acima mencionadas, em especial nas hipóteses em que o *parquet* defende a retificação do acordo de não persecução penal ao argumento de erro material, devendo ocorrer objeção fundada na segurança jurídica, no princípio da confiança, na deferência à coisa julgada e à eficácia preclusiva das decisões, bem como nos dispositivos legais do Direito Civil a respeito da correta interpretação dos negócios jurídicos bilaterais.

Além disso, caso o juízo da execução venha a concordar com a argumentação ministerial, sem prejuízo da insurgência defensiva via Agravo em Execução Penal, deve-se anotar que o pedido de alteração das condições em prejuízo do executado necessariamente demandaria a sua concordância expressa, após intimação pessoal para tal finalidade, considerando-se que o cumprimento do acordo é um ato personalíssimo que incumbe à parte pessoalmente praticar, não cabendo ao(à) Defensor(a) Público(a) transigir em nome alheio.

Também não se descarta a impetração de Habeas Corpus, porquanto as alterações das condições dos acordos de não persecução penal possuem o condão de gerar o seu descumprimento com a eventual retomada do processo de conhecimento, colocando em risco a liberdade de locomoção do paciente.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (org.). Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017. 336 p.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 05 out. 2023.
- _____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 06 out. 2023.
- _____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 06 out. 2023.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 06 out. 2023.
- MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre (Rs), v. 26, ano 11, p. 264-293, jan/jun 2020. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/issue/view/2/6>. Acesso em: 02 out. 2023.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 328 p.
- MESSIAS, Mauro. Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. 180 p.
- SOUZA, Renee do Ó. A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança pública. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 74, p. 167-191, out./dez. 2019.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral (v. 1). 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília : CJF, 2012. 388 p. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 06 out. 2023.
- WÜRZIUS, Lara Maria WilleMBER; PASSOS JUNIOR, Tarcisio. Acordo de não persecução penal – sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 551–568, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/52>. Acesso em: 22 set. 2023.

EXECUÇÃO CRIMINAL

7. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Terão extinta a punibilidade, após o término do cumprimento da pena privativa de liberdade, as pessoas condenadas à pena de multa, desde que esta não supere o valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, ou que não tenham capacidade econômica de quitá-la, ainda que supere tal valor.*

216

8. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A prova da pobreza, no que se refere à pena de multa, pode ser presumida se: (i) a pessoa for representada pela Defensoria Pública, advogado dativo ou houver atuação de profissional ou entidade "pro bono"; (ii) houver eventual decisão em outro processo - que não o penal - ou do Juízo do Conhecimento concedendo a isenção das custas processuais ; (iii) a pessoa for beneficiária de qualquer programa social ou usuária de serviço de assistência social; ou (iii) constar da qualificação da pessoa que é desempregada ou não houver identificação nos autos de vínculo empregatício ou trabalho formal.*

ASSUNTO

Multa penal

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

“A Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Lei Complementar n. 8/2006), estabelece em seu art. 5o que “são atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

VI - promover:

...

l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, **cumprimento de pena**, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;

...

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;”

Tendo isso em vista, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo incluiu em seu plano de metas de 2008, na alínea d, item 12, o objetivo de “resolver o problema da multa pendente para possibilitar a declaração de extinção da punibilidade”, tratando-se de situação fática, contudo, que infelizmente não se alterou de forma significativa na última década, sendo ainda necessária a atuação enérgica da Defensoria no tema.

META DO PLANO DE ATUAÇÃO RELACIONADA (SE HOUVER)

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 3.150 e da alteração do art. 51 do Código Penal pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anti Crime), firmou-se o entendimento de que, a ausência de pagamento da pena de multa impediria a extinção da punibilidade, tendo como consequência a impossibilidade de obtenção da certidão negativa de antecedentes criminais e a própria retomada de direitos políticos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, também revisou o entendimento sobre a possibilidade de extinção da punibilidade quando há a pendência de pagamento da multa penal. Porém, a partir de uma mobilização social e jurídica, por meio da análise do REsp 1.785.383 e do REsp 1.785.861, o STJ fez uma nova revisão e editou um novo texto para o Tema 931. Na própria análise do REsp 1.785.383, o Min. Rogério Schietti Cruz reforçou que “[...]o condicionamento da extinção da punibilidade, após o cumprimento da pena corporal, ao adimplemento da pena de multa

transmuda-se em punição hábil tanto a acentuar a já agravada situação de penúria e indigência dos apenados hipossuficientes, quanto a sobreonerar pessoas próximas do condenado, impondo a todo o seu grupo familiar privações decorrentes de sua impossibilitada reabilitação social, o que põe sob risco a implementação da política estatal proteção do núcleo familiar (artigo 226 da Carta de 1988)” (STJ, REsp 1.785.383/SP, relator: Ministro Rogério Schietti Cruz., DJe, 24/11/2021).

O Tema 931, em seu entendimento atual, prevê que “Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.” Ocorre que muitos juízes da execução têm criado obstáculos para o reconhecimento da hipossuficiência, perpetuando a pena imposta às pessoas egressas do sistema prisional. Em estudo publicado em dezembro de 2022 na Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, nota-se que dentre os acórdãos prolatados pelo E. Tribunal de Justiça acerca do tema da pena de multa, 79,2% afirmam que “[a punibilidade] é consequência necessária da ratificação da natureza penal da multa”, condicionando a sua extinção, portanto, ao efetivo pagamento¹.

Nessa linha, tem-se que o art. 5o, XLVI, CF, proíbe as penas de caráter perpétuo. E tal fato deve ser observado quando da não isenção da pena de multa às pessoas em condição de vulnerabilidade socioeconômica.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

As mudanças legislativas conservadoras - como é o caso do Pacote Anticrime - em conjunto com um Judiciário alheio aos inúmeros desafios enfrentados pela população egressa do sistema prisional, aprofundam os problemas sociais vividos por essa população. A questão da multa penal é uma das inúmeras dificuldades enfrentadas para regularizar a documentação e retomar os direitos políticos. A pendência do pagamento da multa tem consequências diretas na obtenção de emprego e no exercício de direitos de cidadania, tornando esse ciclo de violência contínuo.

Por outro lado, quando se observa a população egressa devedora da multa penal, conclui-se que a mesma tampouco possui condições para o pagamento dessa dívida, perpetuando-se a sua pena pós-cárcere. O próprio Pacto de San José dispõe que “[a]s penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. De repente é algo também a se considerar no item ‘fundamentação legal’.

A dificuldade do Judiciário em compreender a hipossuficiência dessas pessoas demanda a elaboração de teses que possam confrontar decisões que negam a insuficiência de recursos. Assim, ao elaborar critérios de hipossuficiência, será possível instigar o Judiciário e outros atores do sistema de justiça a refletirem sobre o tema.

1 Wichdental Villar, Pedro. INADIMPLEMENTO DA PENA-MULTA E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE: PESQUISA EMPÍRICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. In: REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO | São Paulo, v. 4, n. 2, p. 223-261, jul./dez. 2022.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Por meio de simples petição, requerimento dirigido ao juiz da execução criminal, pleiteando o reconhecimento da hipossuficiência e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade.

Em caso de indeferimento do pedido, por meio da interposição de agravo em execução e sucessivos recursos aos Tribunais Superiores, caso necessário, com base nesta tese e no Tema 931 do STJ.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE, SE HOUVER.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ___ª VARA DO FORO REGIONAL DE DA COMARCA DE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

XX

XX

XX

Autos nº

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, *e-mail* xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de réu hipossuficiente, conforme demonstrado nos documentos anexos X,Y e Z.

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
- b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
- a. Seja reconhecida a condição de hipossuficiência e a consequência extinção da punibilidade
- e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

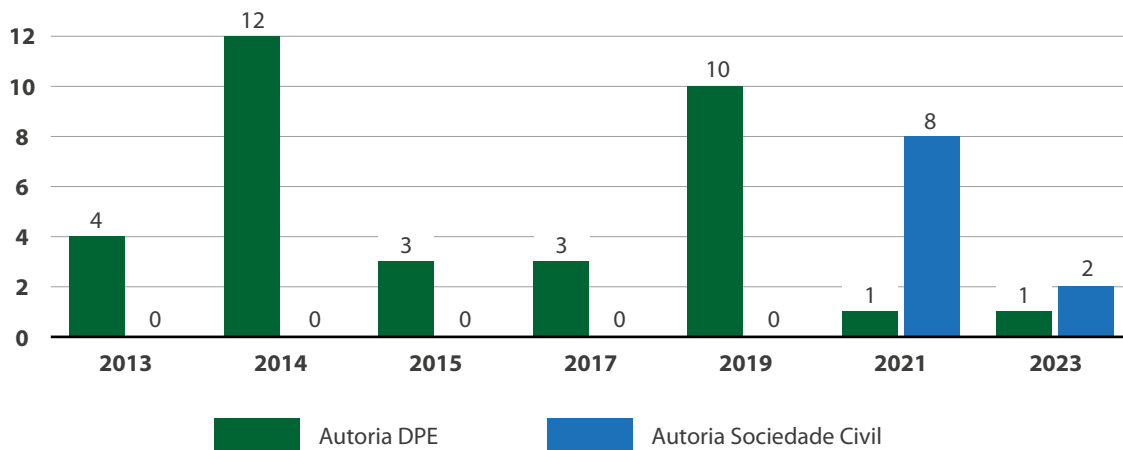
NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

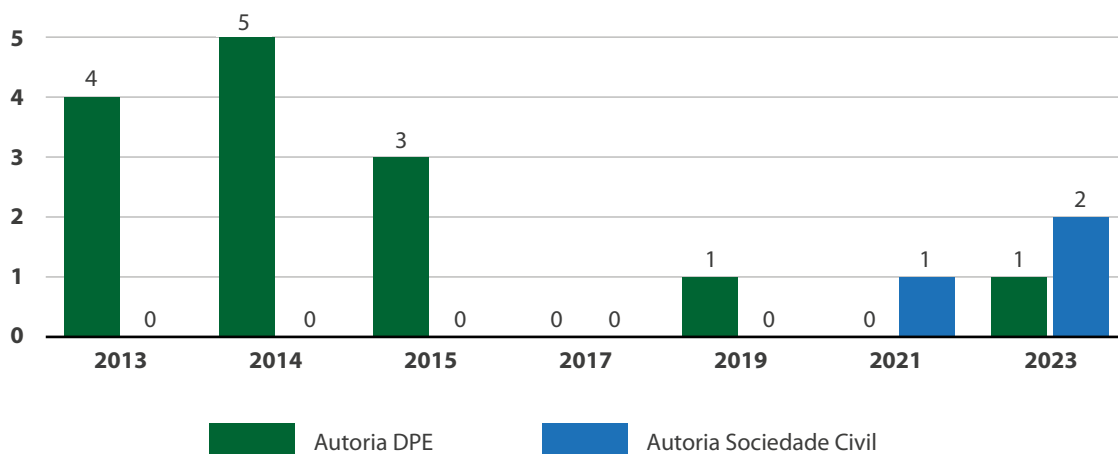
Link - **MODELO DE PEÇA**

PROPOSTAS DE TESES RECEBIDAS - POR AUTORIA E ÁREA 2013 A 2023

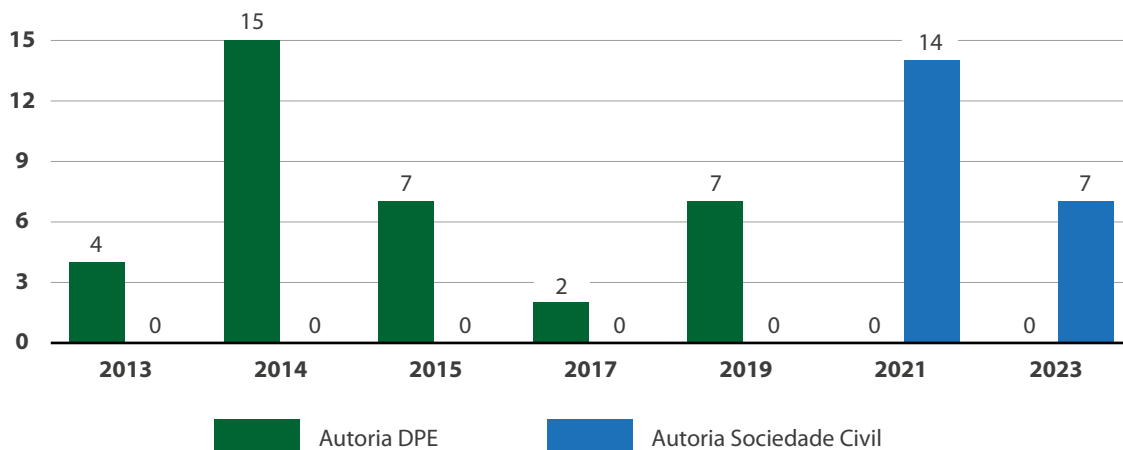
CÍVEL



FAMÍLIA

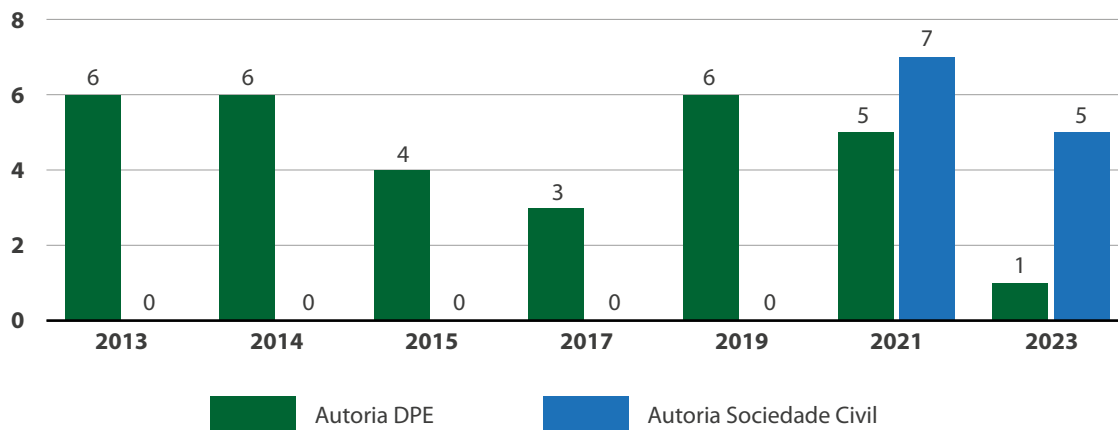


INFÂNCIA E JUVENTUDE

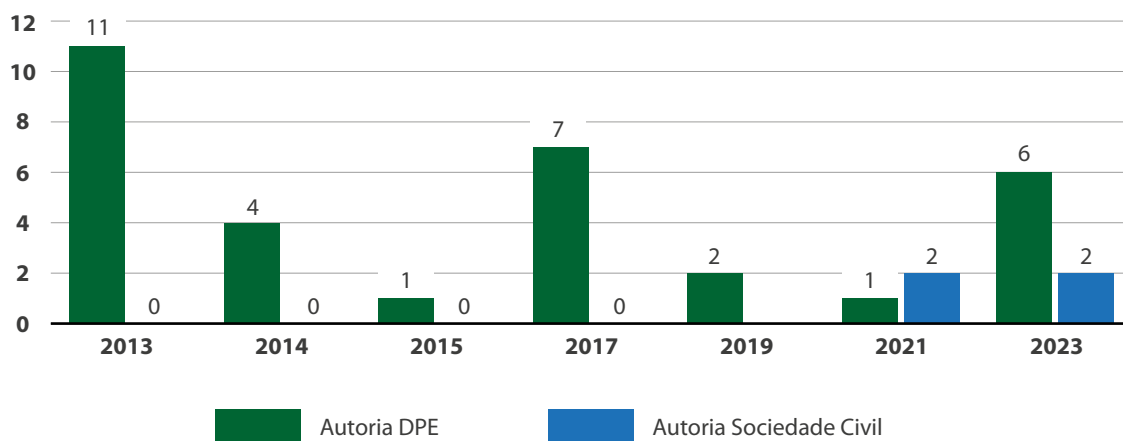


PROPOSTAS DE TESES RECEBIDAS - POR AUTORIA E ÁREA 2013 A 2023

CRIMINAL

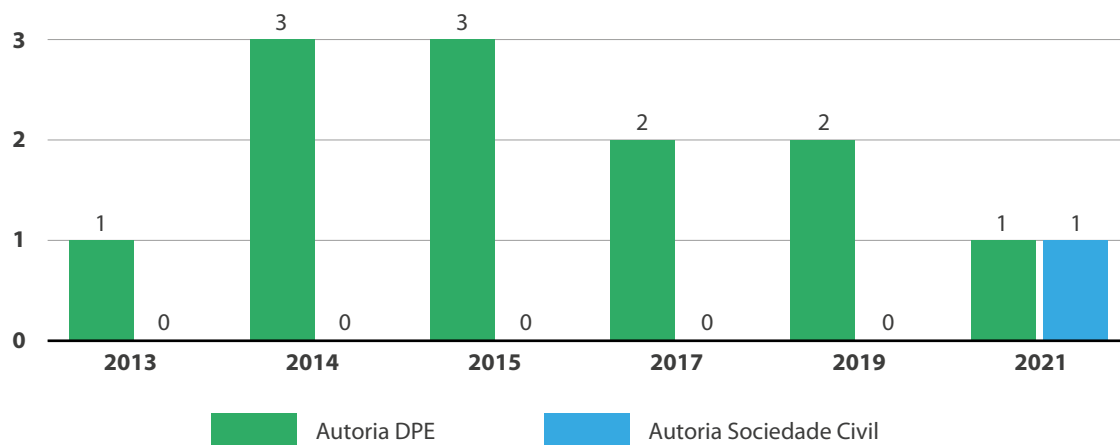


EXECUÇÃO CRIMINAL

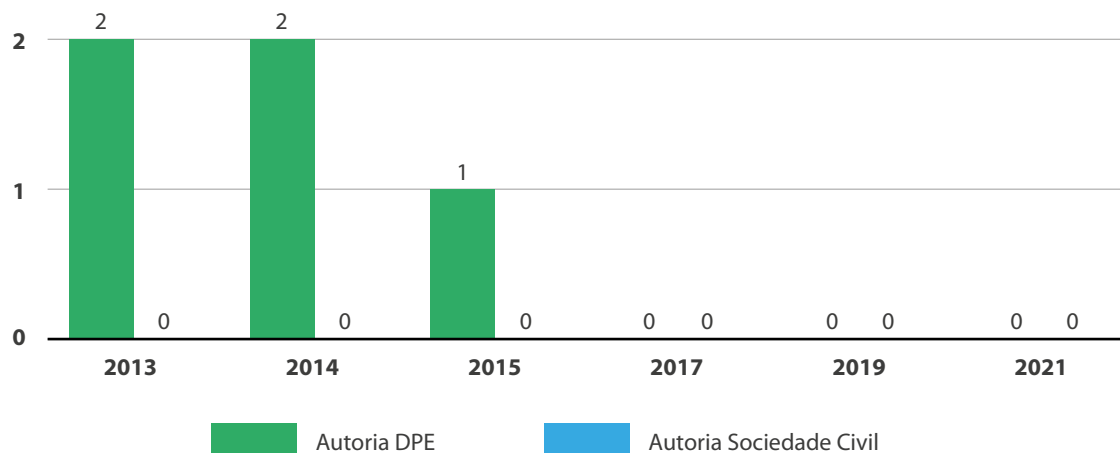


**PROPOSTAS DE TESES APROVADAS NOS ENCONTROS - POR AUTORIA E ÁREA
2013 A 2021**

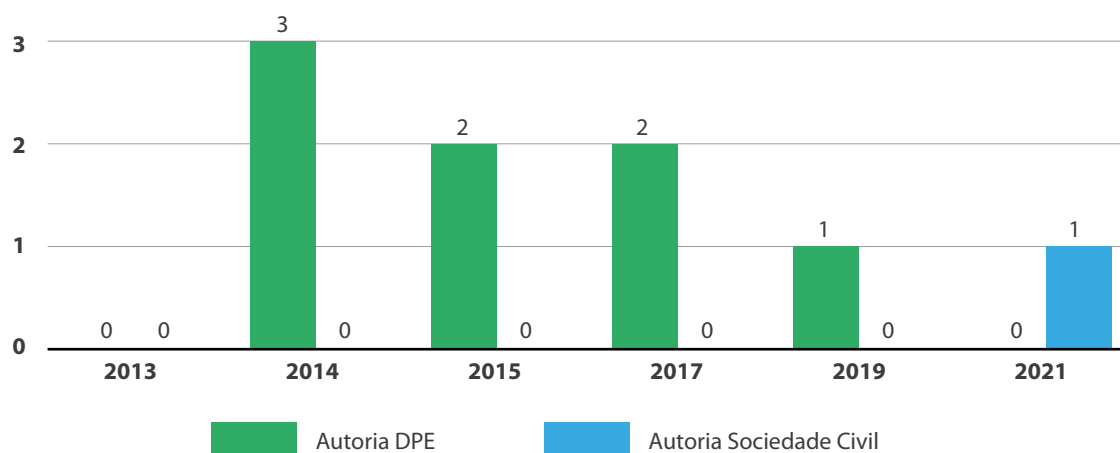
CÍVEL



FAMÍLIA

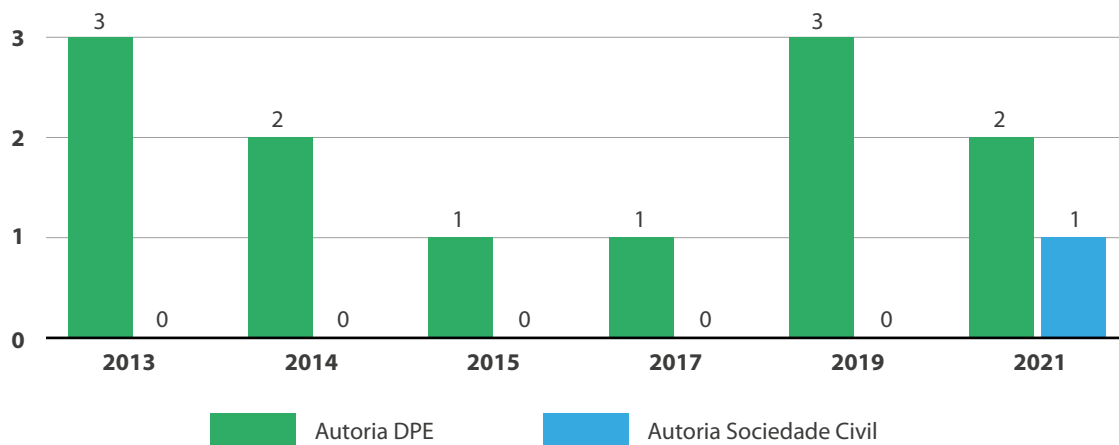


INFÂNCIA E JUVENTUDE

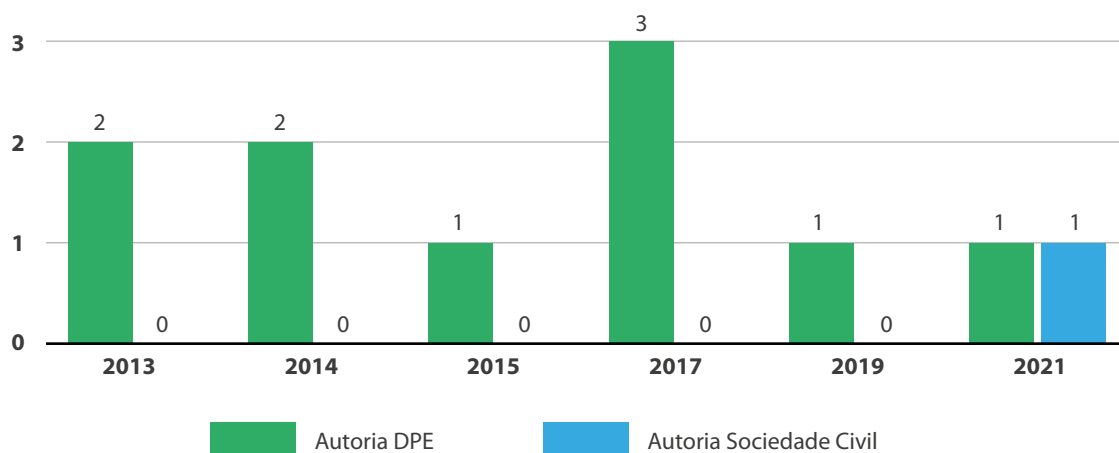


PROPOSTAS DE TESES APROVADAS NOS ENCONTROS - POR AUTORIA E ÁREA
2013 A 2021

CRIMINAL



EXECUÇÃO CRIMINAL



**MÉDIA DAS PROPOSTAS DE TESES RECEBIDAS E APROVADAS NOS ENCONTROS
POR AUTORIA E ÁREA, NO PERÍODO CONSIDERADO**

