

BOLETIM



Escola de Assistência Jurídica (Easjur)
Diretor: Evenin Eustáquio de Ávila

Endereço: Setor Comercial Norte, Quadra
01, Lote G, Edifício Rossi Esplanada
Business, Asa Norte – Brasília/DF –
CEP: 70.711-000

Telefones: (61) 2196-4409 / 4410
WhatsApp funcional: (61) 99359-0022

E-mail: escoladpdf@gmail.com

<http://escola.defensoria.df.gov.br>

Sistema Integrado de Trabalho:
<http://escola.defensoria.df.gov.br/sit>

Redes sociais

 /easjurdf

 @easjurdf

PREFÁCIO

Honrou-me o convite para prefaciар esta publicação inédita que celebra o aniversário da efetiva e brilhante atuação da Defensoria Pública do Distrito Federal, instituição que, a partir da Constituição de 1988, ganhou relevo no Estado Democrático Brasileiro.

Na obra consagrada “Acesso à justiça”, Mauro Cappelletti e Bryant Garth apresentaram os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça em três ondas. **A primeira onda** refere-se à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. **A segunda** refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. Necessitamos, pois, de regras processuais que se dirijam à tutela coletiva, fazendo letra viva o princípio da igualdade. **A terceira onda preocupa-se com a saída da Justiça.** Devemos instituir técnicas processuais adequadas que conduzam às soluções dos conflitos (conciliação, mediação etc.)

No Brasil, a partir da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, a preocupação com a primeira onda de acesso à justiça tornou-se visível, consolidando-se, em definitivo, com a promulgação da Lei maior e com a edição da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, que instituiu a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios.

Com efeito, depois de mais de três décadas da Constituição Federal de 1988, podemos dizer que a promessa constitucional inserida no inciso LXXIV do artigo 5º está em efetiva implementação, com a construção da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A Defensoria Pública está, pois, consagrada no artigo 134 da Constituição como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”.

Nessa perspectiva, para celebrar este momento histórico, nada melhor do que publicar as contribuições da jurisprudência e dos atores do Direito quanto ao **princípio esquecido da fraternidade**.

Tornou-se corrente nos manuais, e incorporado à gramática constitucionalista, **a teoria geracional dos Direitos Fundamentais**, a partir da reflexão do diretor da Unesco, o francês Karel Vasak, colaborador de expoentes do Direito internacional como René Cassin, ao refletir na década de 1970 sobre a luta de 30 anos relacionada à força normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos aliada aos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que advieram em 1966.

Além da aula inaugural dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, ocorrida no ano de 1979 em Estrasburgo, referida pelo festejado mestre Paulo Bonavides³, a tríplice divisão dos direitos fundamentais encontrara divulgação dois anos antes em revista da Unesco de circulação limitada².

Depois disso, recebeu achegas críticas por parte da doutrina internacionalista em decorrência de imprecisão temporal e técnica da concepção do acolhimento e transformação de demandas individuais e coletivas em normas fundamentais.

De todo modo, no escólio de Bonavides, a sequência histórica da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais reside na tríade **liberdade, igualdade e fraternidade**.

Assim, a primeira geração consiste em **direitos de liberdade**, versados como civis e políticos na prática da proteção dos direitos humanos. Logo, “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Na esteira de um Estado liberal, a função do Estado é não ingerir na esfera de exercício da liberdade individual, por exemplo quanto à disposição da vida ou do patrimônio.

De outro lado, o constitucionalismo social e o problema da normatividade dos direitos sociais deram origem à segunda geração, cujo foco é a realização da **igualdade material** e referenciam o Estado social, tendo em conta que possuem um componente necessariamente prestacional por parte do Poder Público.

Por fim, a terceira geração de direitos fundamentais, centrada na noção de **fraternidade ou de solidariedade**. Seriam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação. Por possuírem titularidade dispersa, difusa ou coletiva, a vinculatividade e a função do Estado são diversas, fugindo ao figurino das gerações anteriores.

Os direitos fundamentais das três gerações, nessa teoria classificatória, diferenciam-se estruturalmente entre si, em virtude do elemento preponderante que lhes compõem: enquanto os direitos de Primeira Geração exigem um não agir do Estado (direito negativo), a implementação dos direitos de Segunda Geração justamente está centrada na prestação estatal (direito à prestação). Por sua vez, a nota diferenciatória inovadora dos direitos de Terceira Geração reside no caráter difuso, inexistente nas estruturas normativas anteriores. São, portanto, estruturalmente diferentes esses grupos de direito.

A classificação, pois, ocorre não somente em virtude de os direitos não serem previstos na geração anterior, mas porque os direitos emergentes trazem, estruturalmente, algum elemento preponderante ausente nos direitos anteriormente classificados. Se assim não fosse, cada surgimento de determinado direito novo deveria estar acompanhado da formulação de nova geração dos direitos fundamentais, num movimento infinito e improdutivo cientificamente⁴.

¹ VASAK, Karel. *For the Third Generation of Human Rights: the rights of solidarity*. Aula Inaugural da Décima Sessão de Estudo do Instituto Internacional de Direitos Humanos. Estrasburgo, julho de 1979.

² VASAK, Karel. A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. The Unesco Courier, Paris, n. 10, 1997, p. 29-32.

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

⁴ SCAFER, Jairo. Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013, p. 22-23.

Com o fenômeno político e econômico da globalização, boa parte da doutrina passa a formular por uma quarta e até uma quinta gerações de direitos fundamentais⁵. Em resumo:

- a) **Primeira geração/dimensão:** está atrelada aos direitos individuais que solidificam as liberdades individuais, impondo limites ou limitações ao poder de legislar do Estado. Influência do Direito Natural e dos iluministas.
- b) **Segunda geração/dimensão:** os direitos sociais, culturais e econômicos decorrentes dos direitos da primeira geração e exigindo do Estado uma postura mais ativa (solidificação da igualdade).
- c) **Terceira geração/dimensão:** são os direitos fundamentais direcionados ao destino da humanidade, relacionados à paz, ao meio ambiente e à sua proteção e conservação, ao desenvolvimento econômico e à defesa do consumidor (consolidação da fraternidade).
- d) **Quarta geração/dimensão:** são os direitos relacionados à manipulação genética. Podemos citar, a título exemplificativo, as discussões sobre a biotecnologia e a bioengenharia, tratando de assuntos referentes à vida e à morte, a partir do pressuposto da ética.
- e) **Quinta geração/dimensão:** representada pelos direitos oriundos da realidade virtual, demonstrando a crescente preocupação do sistema constitucional como propagação e desenvolvimento do Direito Eletrônico na atualidade. Envolve, assim, a internacionalização da jurisdição constitucional em virtude do rompimento das fronteiras físicas por meio da internet, também conhecida como “Grande Rede – WWW”.

A propósito, vale a pena lembrar a constatação do ministro Fachin e do professor Machado Filho: “[é] curioso observar que, enquanto para os críticos da teoria das gerações dos direitos as sucessivas gerações representavam um enfraquecimento da normatividade dos direitos humanos, na historiografia constitucional dos primeiros anos da nova constituição passava-se o contrário⁶”.

Nessa ordem de ideias, a publicação ora realizada pela Defensoria Pública do Distrito Federal resgata **o princípio esquecido da fraternidade** como categoria jurídica e reafirma o papel da Instituição que pretende superar, em especial, a primeira onda de obstáculos ao acesso à justiça.

O trabalho realizado evidencia, portanto, a grandeza da Defensoria Pública no cenário brasileiro, como função essencial à Justiça, de natureza constitucional, que presta serviços de orientação jurídica, promoção de direitos humanos e defesa (judicial e extrajudicial) dos direitos individuais e coletivos de forma integral e gratuita aos necessitados.

Avante! Parabéns aos defensores e jurisdicionados! Boa leitura!

Reynaldo Soares da Fonseca – Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), professor da Universidade Federal do Maranhão, pós-doutor em Direitos Humanos (Ius Gentium Conimbrigae – Coimbra), doutor em Direito Constitucional (FADISP), mestre em Direito Público (PUC/SP), especialista em Direito Penal e Processual Penal (UnB) e especialista em Direito Constitucional (UFMA/UFSC)



⁵BONAVIDES, op. cit., p. 571.

⁶FACHIN, Luiz Edson; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Direito Comum da Humanidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 579.

O ALCANCE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE EM CASOS JULGADOS NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A humanidade está desafiada por um inimigo invisível que afeta a própria existência do ser humano, bem como todas as suas relações. Em momento tão difícil e singular, um princípio que já vem sendo resgatado no Sistema de Justiça deve ser ainda mais reconhecido como uma experiência possível tanto na esfera cível como na esfera penal e, assim, fio condutor de decisões tomadas pela Justiça brasileira.

Com centenas de casos julgados ou interpretados com base no princípio da fraternidade, o Boletim Easjuris destaca algumas decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que aplicam o referido princípio como uma verdadeira categoria jurídica em casos concretos.

O conhecimento das relevantes considerações ao princípio da fraternidade como princípio jurídico e expressão do constitucionalismo fraternal, em acórdãos no julgamento de diversas ações constantes da Jurisprudência do col. STJ, é de suma importância para nós, integrantes da Instituição que atende ao papel constitucional de defesa dos mais vulneráveis.

Os complexos dilemas sociais, jurídicos e estruturais enfrentados pelas democracias enaltecem a importância do princípio da fraternidade na humanização da aplicação do Direito, face ao fato de que estes não se excluem, mas se complementam e se relacionam de forma direta no campo prático da resolução dos conflitos.

Assim, colacionamos algumas decisões importantes oriundas do Superior Tribunal de Justiça, destacadas por matéria (Administração Pública, Direito Penal, Execução Penal, Relações Privadas), onde o princípio da fraternidade ganha envergadura prática na resolução de conflitos.

Saiba mais sobre essa temática acessando o “ESPECIAL TEMÁTICO EASJUR MAIO VERDE 2018 – O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ”, disponível em:

<http://escola.defensoria.df.gov.br> (aba “Publicações”).

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.089 – PR (2008/0003014-1) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO CERTAME. DESCUMPRIMENTO DE LEI ESTADUAL. RESERVA DE VAGAS PARA AFRODESCENDENTES. CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA SOBREPOR-SE À LEI. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.

2. A Lei Estadual que prevê a reserva de vagas para afrodescendentes em concurso público está de acordo com a ordem constitucional vigente.

3. As universidades públicas possuem autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o seu próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as Leis.

4. A existência de outras ilegalidades no certame justifica, in casu, a anulação do concurso, restando prejudicada a alegação de que as vagas reservadas a afrodescendentes sequer foram ocupadas.

Recurso desprovido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.952 – MT (2013/0192671-0) RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CADEIA PÚBLICA. SUPERLOTAÇÃO. CONDIÇÕES PRECÁRIAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O ESTADO A ADOTAR PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E APRESENTAR PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA PARA REFORMAR OU CONSTRUIR NOVA UNIDADE PRISIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DE NECESSIDADE DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA (ARTS. 4º, 6º E 60º DA LEI Nº 4.320/64). CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO CUJA MOLDURA FÁTICA EVIDENCIA OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS E AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL, CONTRA O QUAL NÃO SE PODE OPOR A RESERVA DO POSSÍVEL.

1. Na origem, a Defensoria Pública e o Ministério Público do Estado do Mato Grosso ajuizaram Ação Civil Pública visando obrigar o estado a adotar providências administrativas e apresentar previsão orçamentária para reformar a cadeia pública de Mirassol D'Oeste, ou construir nova unidade, entre outras medidas pleiteadas, em atenção à situação de risco a que estavam expostas as pessoas encarceradas no local. Destaca-se, entre as inúmeras irregularidades estruturais e sanitárias, a gravidade do fato – conforme relatado – de as visitas íntimas serem realizadas dentro das próprias celas e em grupos.

2. A moldura fática delineada pelo Tribunal de origem – e intangível no âmbito do Recurso Especial por óbice da Súmula 7/STJ – evidencia clara situação de violação à garantia constitucional de respeito da integridade física e moral do preso e aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

3. Nessas circunstâncias – em que o exercício de pretensa discricionariedade administrativa acarreta, pelo não desenvolvimento e implementação de determinadas políticas públicas, seríssima vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição – a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de pôr em prática, concreta e eficazmente, os valores que o constituinte elegeu como "supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social", como apregoa o preâmbulo da nossa Carta Republicana.

4. O entendimento trilhado pela Corte de origem não destoou dos precedentes do STF – RE 795749 AgR, relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/04/2014, Processo Eletrônico DJe-095 Divulg 19-05-2014 Public 20-05-2014, ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011 – e do STJ, conforme AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/12/2013. Aplicação da Súmula 83/STJ.

5. Com efeito, na hipótese sub examine, está em jogo a garantia de respeito à integridade física e moral dos presos, cuja tutela, como direito fundamental, possui assento direto no art. 5º, XLIX, da Constituição Republicana.

6. Contra a efetivação dessa garantia constitucional, o estado de Mato Grosso alega o princípio da separação dos poderes e a impossibilidade de realizar a obra pública pretendida sem prévia e correspondente dotação orçamentária, sob pena de violação dos arts. 4º, 6º e 40 da Lei nº 4.320/1964.

7. A concretização dos direitos individuais fundamentais não pode ficar condicionada à boa vontade do administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue, nesses casos, como órgão controlador da atividade administrativa. Trata-se de inadmissível equívoco defender que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantir os direitos fundamentais, possa ser utilizado como óbice à realização desses mesmos direitos fundamentais.

8. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública vital nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, como na hipótese dos autos.

9. In casu, o pedido formulado na Ação Civil Pública é para, exatamente, obrigar o Estado a "adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária e realizar ampla reforma física e estrutural no prédio que abriga a cadeia pública de Mirassol D'Oeste/MT, ou construir nova unidade, de modo a atender a todas as condições legais previstas na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), bem como a solucionar os problemas indicados pelas equipes de inspeção sanitária, Corpo de Bombeiros Militar e Crea na documentação que instrui os presentes autos, sob pena de cominação de multa".

10. Como se vê, o pleito para a adoção de medida material de reforma ou construção não desconsiderou a necessidade de previsão orçamentária dessas obras, de modo que não há falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei nº 4.320/64.

11. Recurso Especial não provido.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO DIREITO PENAL



HABEAS CORPUS Nº 367.546 – TO (2016/0217089-9)
RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE GESTANTE, PRIMÁRIA, COM BONS ANTECEDENTES. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DA GESTANTE E DO FILHO RECÉM-NASCIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A questão jurídica limita-se a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V – mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos.

3. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei nº 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

4. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC nº 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).

5. Caso em que a paciente é primária, portadora de bons antecedentes, estava gestante (7 meses) e agora possui filho recém-nascido, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do infante. Precedentes do STF e do STJ.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar.

HABEAS CORPUS Nº 389.348 – SP (2017/0038137-1)
RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHO MENOR DE 12 ANOS. PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DAS CRIANÇAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, TRABALHO E RESIDÊNCIA FIXOS. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Consoante o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite habeas corpus contra decisão denegatória de liminar proferida em outro writ na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância, ressalvada situação de flagrante ilegalidade. Súmula 691/STF.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.257/2016, determina que "Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V – mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos".

4. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados, como a igualdade e a liberdade. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, por meio da chamada Justiça Restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

5. A prova documental juntada aos autos atesta que a paciente possui um filho de 8 anos de idade e não foram apresentadas justificativas idôneas para o indeferimento de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

6. Embora sejam graves as circunstâncias do delito, com apreensão de significativa quantidade de drogas (200g de maconha e 28,3g de cocaína), o que justifica, em princípio, a custódia cautelar, entendendo que, no contexto, deve prevalecer a situação de primariedade da paciente, sendo suficiente,

por ora, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal, com o fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional de seu filho menor, que poderá desfrutar do convívio com a mãe.

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para permitir a substituição da custódia preventiva da paciente pela prisão domiciliar.

HABEAS CORPUS Nº 390.211 – SP (2017/0042789-1)
RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 691 DA SÚMULA DO STF. ROUBO MAJORADO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHO DA PACIENTE COM APENAS 2 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE. CF/88, PREÂMBULO E ART. 3º. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É possível a superação do disposto no enunciado nº 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar, em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente.

2. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V – mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos.

3. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados, como a igualdade e a liberdade.

4. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça Restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

5. Tal legislação (marco legal da primeira infância) veio à lume com a finalidade de garantir a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990), dentre outros. Segundo a melhor

doutrina, a proteção integral constitui o novo paradigma de proteção da criança no Brasil e implica considerá-la sujeito de direito a uma proteção prioritária e sistêmica (Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e Veronese, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas – A proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2015).

6. Caso em que a paciente possui um filho com apenas 2 anos de idade (primeira infância), que necessita dos cuidados maternos, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Imprescindibilidade dos cuidados da genitora. Razões humanitárias.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente deferida, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico.

HABEAS CORPUS Nº 391.501 – SP (2017/0051207-9) **RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO PELA PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHOS DA PACIENTE COM 3 E 9 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É possível a superação do disposto no enunciado nº 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar, em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente.

2. No particular, a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente faz referência às circunstâncias do caso concreto, citando ainda o fato de ser a paciente reincidente e estar foragida, e não pode ser considerada nula por fundamentação inidônea.

3. A questão jurídica então fica restrita à verificação da possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V – mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos.

4. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei nº 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

5. O artigo 318 do Código de Processo Penal, que permite a prisão domiciliar da mulher mãe de filhos com até 12 anos incompletos, foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso

assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar (STF, HC nº 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).

6. Na hipótese dos autos, em que o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre a viabilidade do pedido de aplicação da prisão domiciliar, a paciente comprova ser mãe de duas crianças com menos de 12 anos de idade, (um menino e uma menina, com 3 e 9 anos de idade, respectivamente), o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do infante. Precedentes do STF e do STJ.

7. Ademais, não há indicativo de que a paciente esteja associada com organizações criminosas, sendo certo que o presente caso trata da apreensão de reduzida quantidade de drogas (11 porções de cocaína), circunstâncias que reforçam a possibilidade de atenuação da situação prisional da acusada.

8. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para, confirmando liminar anteriormente deferida, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar.**

HABEAS CORPUS Nº 462.953 – PR (2018/0198397- 0)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO DOMICILIAR. REVOGAÇÃO. PACIENTE MÃE DE CRIANÇA DE 3 ANOS DE IDADE. COMPROVAÇÃO DE QUE ESTA NÃO RESIDIU COM A MÃE DURANTE O GOZO DO BENEFÍCIO. PRISÃO PREVENTIVA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS (30,250 KG DE MACONHA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que diz respeito à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei nº 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

3. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos, dentre outras hipóteses) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da

proporcionalidade e respeito o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC nº 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).

4. No caso, porém, foi apresentada fundamentação idônea a justificar a não substituição da prisão preventiva por domiciliar. Segundo consta, o benefício havia sido deferido pelo magistrado singular na data de 07/06/2018, com determinação de que fosse realizado Estudo Psicossocial para averiguar a necessidade da manutenção da medida. Entretanto, no momento da realização do referido estudo, foi constatado que o filho da paciente estava sob os cuidados do genitor, em outro estado da Federação – o que ensejou, justificadamente, a revogação do benefício.

5. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

6. Hipótese na qual a paciente foi flagrada com expressiva quantidade de entorpecentes em sua residência (33,250kg de maconha, divididos em 26 tabletes), o que, conforme destacado pelas instâncias ordinárias, é suficiente para revelar maior envolvimento com a traficância e justificar a prisão como forma de garantia da ordem pública.

7. Nesse sentido, o Supremo Tribunal assentou que a gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela expressiva quantidade e pluralidade de entorpecentes apreendidos, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública (HC nº 130708, relatora Ministra CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, Publicado em 06/04/2016).

8. O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la.

9. Ordem não conhecida.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA EXECUÇÃO PENAL



HABEAS CORPUS Nº 376.140 – SP (2016/0280846-9)
RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO PELO ESTUDO. DEBATE DO TEMA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL, ANTE À POSSIBILIDADE DE

CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO, POR ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO, COM BASE NA EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO EM EXAMES NACIONAIS QUE ATESTAM A CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO Nº 44 DO CNJ. PACIENTE QUE LOGRA COMPROVAR A CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO, POR MEIO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO. REALIZAÇÃO DE EXAMES SUPLETIVOS, CAPAZES DE DEMONSTRAR QUE O APENADO ESTUDOU NOS ANOS DE 2004 E 2005. IN DUBIO PRO REO. APLICABILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ASSIDUIDADE, POR MEIO DE ATESTADO DE FREQUÊNCIA ESCOLAR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Evidenciado que o Tribunal de origem não debateu a questão relativa à remição referente ao período de 2004/2005, o conhecimento originário da questão configura indevida supressão de instância.

2. Prezando por economia e celeridade processuais, bem como, diante da existência de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do sentenciado, cabível a verificação da alegada coação e a concessão de ordem de habeas corpus de ofício.

3. No caso, o Juízo de primeiro grau, ao indeferir o pedido de remição pelo estudo formulado pela defesa, aplicou o entendimento segundo o qual somente a submissão do sentenciado aos exames previstos na Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, seriam hábeis a comprovar o direito ao benefício, ou seja, considerou que o paciente não participou de curso presencial ou a distância, mas, apenas, estudos por conta própria.

4. Diante da alegação do paciente/impetrante de que efetivamente participou de curso presencial no estabelecimento prisional, mas foi prejudicado pelo fato de a Administração Penitenciária não ter logrado emitir atestado de sua frequência, bem como da existência de documentos que demonstram ter o apenado realizado exames supletivos, os quais ensejaram a obtenção de certificado de conclusão do Ensino Médio, a dúvida deve militar em favor do condenado.

5. Exigir que, no caso concreto, o direito à remição seja reconhecido apenas por meio da comprovação de aprovação no ENEM (art. 1º, IV, da Recomendação nº 44/CNJ) configura rigor que vai contra a ressocialização do condenado, bem como aos objetivos da Lei nº 12.403/2011, de reforçar reintegração social e readaptação ao convívio do condenado por meio do aprimoramento estudantil.

6. Considerando-se que o paciente estudou nos anos de 2004 e 2005, tanto que logrou certificado de conclusão do Ensino Médio, o cálculo do benefício deve ser realizado de acordo com o disposto no art. 1º, IV, da Recomendação nº 44/CNJ.

7. Importante ressaltar que o presente precedente foi firmado mediante a consideração, além do caso concreto, com todos os documentos que o respaldam, da necessidade de esta Corte Superior de Justiça conferir interpretação que preze pelos princípios constitucionais e processuais penais, como in dubio pro reo, individualização da pena e princípio da fraternidade, na sua dimensão de reduzir as desigualdades sociais e proteção dos direitos fundamentais, bem como o fundamento primordial da Constituição da República, que seria a dignidade da pessoa humana.

8. Writ não conhecido. **Concessão de ordem de habeas corpus de ofício** para determinar que o Juízo de Direito da 2ª Vara de Execuções Criminais da comarca de Taubaté/SP reaprecie o pedido de remição da pena formulado em favor do paciente, considerando que ele efetivamente estudou nos anos de 2004 e 2005, efetuando o cálculo dos dias remidos de acordo com o art. 1º, IV, da Recomendação nº 44, do Conselho Nacional de Justiça.

HABEAS CORPUS Nº 381.858 – PR (2016/0323568-9)

RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEP. RECOMENDAÇÃO Nº 44/2013 DO CNJ À LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 44/2013, conferindo interpretação extensiva ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que possibilita a denominada remição da pena em decorrência do estudo, pelo condenado recolhido em regime fechado ou semiaberto.

2. Na mesma linha, este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que 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 744.032/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 05/06/2006).

3. Em recente julgado, a Quinta Turma assentou que a interpretação extensiva conferida ao art. 126 da LEP é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94163, relator: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, Je-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851) (HC 382.780/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04/04/2017).

4. Ordem concedida para reconhecer o direito do paciente à remição da pena decorrente da aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio.

HABEAS CORPUS Nº 382.780 – PR (2016/0329320-8)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

HABEAS CORPUS. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. RECOMENDAÇÃO Nº 44/2013 DO CNJ. APROVAÇÃO NO

ENEM. POSSIBILIDADE. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE.** ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Esta Corte possui orientação no sentido de que "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 nº 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 05/06/2006).

3. No caso, a aprovação da paciente no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação nº 44/2013 do CNJ.

4. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94163, relator: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

5. Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça, decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade.

6. Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas "Regras de Mandela", aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

7. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para reconhecer o direito da paciente à remição da pena pela aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem).

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS



RECURSO ESPECIAL Nº 1.026.981 – RJ (2008/0025171-7)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO POST MORTEM. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DA DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS.

1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante à necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.
2. O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.
3. Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.
4. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.
5. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.
6. A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente

patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

7. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

8. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

9. A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

10. Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

11. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

12. Se por força do art. 16 da Lei nº 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

13. “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”.

14. O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

15. Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”.

16. Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma ao Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

17. Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.467 – SP (2012/0002671-4)
RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVA) ROMPIDA. DIREITO A ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO EM SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE VULNERABILIDADE. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 132/RJ E DA ADI Nº 4.277/DF. ALIMENTOS PROVISIONAIS. ART. 852 CPC. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM.

1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição, para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família; por conseguinte, "este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva".

3. A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, buscada felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual.

4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

5. Como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI nº 4277/DF e ADPF 132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da

relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros.

6. O direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica. O projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa.

7. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que "não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro".

8. Ocorre que uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide.

9. As condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação, para negar o pão àquele que tem fome em razão de sua opção sexual. Ao revés, o exame deve-se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais, com o preenchimento do binômio necessidade do alimentário e possibilidade econômica do alimentante.

10. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar.

11. Recurso especial provido.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 56.152 – SP (2017/0329294-7)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DO PRESO DE RECEBER VISITAS. LIMITAÇÃO DO GRAU DE PARENTESCO DAS PESSOAS QUE PODEM SER INCLUÍDAS NO ROL DE VISITANTES DO REEDUCANDO POR MEIO DE RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. FALTA DE RAZOABILIDADE. DIREITO DA TIA DE VISITAR O SOBRINHO.

1. A competência para dispor sobre direito penitenciário é concorrente entre a União, os estados e o Distrito Federal (art. 24, I, da CF), tendo a Lei de Execuções Penais (LEP / Lei nº 7.210/1984) outorgado à autoridade administrativa prisional o poder de regular a matéria, no que toca às questões disciplinares.

2. O direito do preso de receber visitas, assegurado pelo art. 41, X, da LEP, não é absoluto e deve ser sopesado de acordo com a situação específica vivenciada no caso concreto, em conjunto com outros princípios, dentre os quais o que visa garantir a disciplina e a segurança dentro dos estabelecimentos prisionais, velando, por consequência, também pela integridade física tanto dos reclusos quanto dos que os visitam.

3. A administração disciplinar típica da competência da autoridade prisional diz respeito, por exemplo, ao número máximo de pessoas que podem efetuar visitas por vez (o que se justifica plenamente diante da capacidade física do presídio de acomodar um certo número de pessoas com um mínimo de conforto e segurança), à organização dos cadastros para controle dos que têm acesso ao estabelecimento prisional, os documentos, comprovantes e trâmites administrativos que lhes são exigidos, necessidade (ou não) de revista prévia do visitante, dia, local e duração das visitas, restrição de transporte de bens para o presídio, zelo pela ordem e atenção a regras durante o período de visita etc.

4. No entanto, ao limitar o grau de parentesco das pessoas que podem ser incluídas no rol de visitantes do reeducando a parentes de 2º grau, o art. 99 da Resolução SAP 144, de 29/06/2010, que instituiu o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo, desbordou de sua competência, tratando de matéria não afeta ao poder disciplinar, na medida em que não cabe à autoridade prisional pré-definir o nível de importância que os parentes têm para os reeducandos, elegendo alguns que têm mais direito a visitá-los do que outros. A regra não leva em conta a possibilidade de existência de um vínculo afetivo significativo entre uma tia e um sobrinho que, por exemplo, tenha ajudado a criar, ou mesmo que exerça a figura de efetiva educadora do sobrinho em virtude da circunstancial ausência dos pais.

5. Da mesma forma, ao restringir a possibilidade de ingresso no rol de visitantes do preso de parentes mais distantes à inexistência de parentes mais próximos, a Resolução (art. 101, § 1º) desborda de sua competência e, sem nenhuma justificativa razoável para tanto, impõe limitação não constante no art. 41, X, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984).

6. Se podem ser incluídas até 8 pessoas no rol de visitantes do preso e, nos termos do art. 102, I, da Resolução, tal inserção depende da concordância, por escrito, do executado, parece bem mais razoável seja o preso a indicar aqueles parentes cuja convivência lhe é mais cara ao coração.

7. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP e resoluções dela decorrentes) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 3º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94163, relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

8. Recurso provido, para determinar à autoridade apontada como coatora que não crie óbices à inclusão do nome da impetrante (tia do detento) no rol de visitas do reeducando em virtude de nele já constar o nome de sua mãe e de sua companheira que o visitam frequentemente (ou mesmo de outros parentes até 2º grau), se forem ditos óbices fundados unicamente na restrição posta no caput do art. 99 e no § 1º do art. 101 da Resolução SAP 144, de 29/06/2010.