

Revista

ESCOLA SUPERIOR

Defensoria Pública do Maranhão



- Artigos
- Resenhas
- Peças Processuais
- Relatos Profissionais



Professores • Alunos • Defensores

Sumário

1. ELABORAÇÃO DE CÁLCULO DE PENA.....	Pg 04
2. REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA TEMPESTIVIDADE DA TUTELA ESTATAL NA EXECUÇÃO PENAL.....	Pg 07
3. A QUESTÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOB AS LENTES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, COM FOCO NA DISCUSSÃO ESTABELECIDADA ENTRE A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E FEMINISTA.....	Pg 13
4. A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS QUALIFICADORAS NA DECISÃO DE PRONÚNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	Pg 28
5. “A PALAVRA DOS MORTOS”: PRESOS PROVISÓRIOS POR TRÁFICO EM PEDRINHAS E O DISCURSO PUNITIVO DO JUDICIÁRIO MARANHENSE	Pg 44
6. A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELA INTERPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	Pg 51
7. CONTRADITÓRIO JUDICIAL: UMA PROPOSTA DE HUMANIZAÇÃO DO CONFLITO DECORRENTE DO CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA EM QUE A INADIMPLÊNCIA DECORREU DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR	Pg 63
8. A AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (EFETIVAÇÃO DE MATRÍCULA), CUMULADA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA (RESERVA DE VAGA E MATRÍCULA).....	Pg 81
9. SOCIEDADES ANÔNIMAS E SEUS TÍTULOS DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS:	Pg 95
10. MITIGAÇÃO DA LÓGICA BINÁRIA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO	Pg 104
11. A TIA, O SOBRINHO, O TRATAMENTO: RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA NA DEFENSORIA.....	Pg 116
12. PETIÇÃO INICIAL AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	Pg 119
13. A DEFENSORIA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	Pg 123
14. PETIÇÃO. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.	Pg 141
15. EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE E GARANTIA A TRATAMENTO DIGNO	Pg 151
16. DEFENSORIA PÚBLICA, UMA CONCRETUDE DO PRINCÍPIO DO ACESSO Á JUSTIÇA.....	Pg 153
17. A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR N°421.....	Pg 166
18. EMBARGOS, DECLARACAO, JUSTIÇA, GRATUITA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO.....	Pg 171

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO - DPE MA
Rua da Estrela, 421, Praia Grande, Centro, São Luís - MA,
CEP: 65010-200 - Fone: 3221-6110 / 3231-0958 - Ramais

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO
Av. Marechal Castelo Branco, N-819,
Bairro São Francisco - São Luís - MA

Defensora Pública-Geral do Estado do Maranhão
Dra. Mariana Albano de Almeida

Defensor Público
Diretor da Escola Superior do Estado do Maranhão:
Dr. Marcos Vinícius Campos Fróes

Produção:
SVT CONSULTORES

Direção de Arte e diagramação:
Adailton José Costa da Silva

Editorial

É com imensa alegria que no ano em que a Defensoria Pública do Maranhão completa 15 anos, a Escola Superior da Defensoria Pública do Maranhão lança a sua primeira revista.

Na publicação apresentada, o leitor recebe artigos, peças e relatos sobre discussões relevantes do direito e da atuação da Defensoria Pública.

Momento mais oportuno não haveria para o lançamento desta publicação destinada a todos os interessados no aperfeiçoamento do sistema de Justiça e, especialmente, aos Defensores Públicos, oportunizando a Escola Superior um novo espaço de disseminação de teses jurídicas, estimulando assim a qualificação institucional e conduzindo cada vez mais à uma atuação integrada e harmônica.

São Luís, 20 de Maio de 2016

Dra. Mariana Albano de Almeida

Defensora Pública-Geral do Estado do Maranhão

Dr. Marcos Vinícius Campos Fróes

Defensor Público Diretor da Escola Superior do Estado do Maranhão

Dr. Thiago Josino Carrilho de Arruda Macedo

Subdefensor Público-Geral do Estado do Maranhão

Dr. Antonio Peterson Barros Rêgo Leal

Corregedor Geral da Defensoria Pública do Estado do Maranhão

Rosicléia Machado Barbosa Costa

Ouvidora da Defensoria Pública do Estado do Maranhão



LABORAÇÃO DE CÁLCULO DE PENA

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA

DEFENSOR PÚBLICO

PROCESSO Nº:

Juízo: Vara de Execuções Penais

Reu:

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS DE IMPERATRIZ-MA.

Nome do apenado, já devidamente qualificado nos autos em epígrafe, vem, através da **DEFENSORIA PÚBLICA**, expor e requerer, na forma seguinte:

DO BREVE RELATO FÁTICO

Trata-se de feito executivo penal, em desfavor do supracitado apenado.

Nota-se nos autos a ausência de cálculo de pena atualizado.

É o breve relatório. **Passo a expor.**

DA NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE CÁLCULO DE PENA. NEGATIVA. VIOLAÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DIREITO DE PETIÇÃO E OBTENÇÃO DE CERTIDÕES

Compulsando-se os autos, nota-se nos autos a ausência de cálculo de pena atualizado, razão pela qual se postula sua feitura com brevidade.

Aduzo que o cálculo de pena é forma mais equilibrada e democrática de acompanhamento da execução, pois todos os atores, inclusive, o principal protagonista, o apenado, podem ter pleno conhecimento dos limites e extensão da execução penal, para fins de eventuais manifestações. Destarte, sem tal documento, a execução da pena fica bastante prejudicada, o que afronta a dignidade da pessoa humana, princípio magno, reitor das relações jurídicas, já que, não há direito, sem sujeito.

Em verdade, ao sentenciado que está cumprindo a sanção penal imposta, seja qual for o regime, somente lhe interessa a plena restituição do direito de ir e vir, que ocorrerá na oportunidade do cumprimento integral da pena, ou ao menos saber, quando esta se finalizará.

Nessa ótica, a remição da pena tem grande efeito psicológico sobre os apenados que se sentem devidamente tutelados pelo aparelho estatal, em meio a um sistema prisional caótico, que lhes pune duplamente por um mesmo fato ou atos, em um odioso e inconstitucional *bis in idem*.

Nesse viés, o direito de ter o montante de pena atualizado, tem caráter constitucional, plasmado no direito de petição e de obter certidões, uma vez que, cabe ao Poder Público fornecer aos administrados ou jurisdicionados, quando solicitado, pelo próprio interessado, ou por quem lhe faça as vezes, informações, documentos ou dados atinentes ao requerente, salvo interesse público devidamente fundamentado, o que, no caso em tela, não foi configurado, pois é interesse público do Estado garantir ao apenado a perfeita individualização da pena.

Desse modo, é direito do apenado ter incorporado ao seu cálculo de pena toda remição efetivada, como mais lídimo consectário do princípio da transparência e devido processo legal. Ademais, a construção/atualização do cálculo de pena transparece ao apenado que os órgãos de execução estão cumprindo com empenho suas funções, nas medidas de suas possibilidades, retirando-lhe a sensação de total abandono dos órgãos institucionais, que, na maioria das vezes, não lhe concedem estruturas penitenciárias dignas para que possa cumprir a pena, tampouco lhe proveem o arcabouço assistencial a que a Lei previu.

Frise-se que não se está aqui solicitando requerimento desarrazoado de elaboração de cálculo de pena, toda vez que houver dia remido. Na verdade, na concepção da Defesa, seria plausível, ao menos, a elaboração de dois cálculos anuais, um no início e outro ao final do ano, que atenderia perfeitamente aos anseios da comunidade carcerária e aos fins da execução penal.

Assim, pelo já exposto, pede-se seja reconhecida a necessidade de elaboração de cálculo de pena, determinado-se, assim, a elaboração de novo cálculo de pena, nos seguintes termos:

Pugna-se este órgão seja diligenciada, com maior brevidade, a devida confecção do cálculo de pena devendo constar desse a soma total da pena; a pena cumprida; pena a cumprir; data provável término da pena; data provável do livramento; data da fuga e recaptura, se ocorridas, bem como o tempo de interrupção de cumprimento da pena, com especificação dos marcos temporais; caso verificados; data de regressão cautelar ou definitiva, caso ocorridas; data base para análise de benefícios; os dias remidos, para fins de remição, caso existentes, oficiando-se, para tanto, a unidade prisional para fornecê-los, bem como seja viabilizada a inclusão do apenado em programas laborais/educacionais, caso não esteja incluído; a detração, com a consequente liquidação da pena, com a perfeita indicação dos marcos temporais; data provável da progressão, assim como, os regimes inicial, atual, futuro de cumprimento da pena, de forma a viabilizar eventuais requerimentos que puderem ser feitos, tudo em obséquio aos princípios da individualização da pena, dignidade da pessoa humana e razoável duração do feito.

Pede-se ainda a elaboração da tabela de cálculo, com item em apartado, referente à saída temporária, nos termos dos arts. 122 a 125 da Lei 7.210, observando, tal normativo, quanto aos requisitos para concessão. Ainda em relação aos dias remidos, na hipótese de saldo, este deve ser consignado no cálculo de pena, em quadro apartado.

Firmes nestes fundamentos, é que se pede a elaboração de cálculo de pena.

PEDIDOS:

Pede-se a elaboração de cálculo de pena.

Imperatriz, 27.11.15.

BRUNO J. DE S. SILVA

DEFENSOR PÚBLICO



REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA TEMPESTIVIDADE DA TUTELA ESTATAL NA EXECUÇÃO PENAL.

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA

DEFENSOR PÚBLICO

Sumário: 1. Introdução. 2. Decurso do prazo do sursis fixado em sentença sem a realização da audiência admonitória e a consequente da extinção da pena. 3. Conclusão. 4. Referências.

Resumo: O presente artigo aborda o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional e as repercussões de sua violação na seara da execução penal, sobre a ótica da suspensão condicional da pena. Expôs-se os pressupostos do instituto e a natureza jurídica de direito adquirido, desde que o beneficiário preencha os requisitos legais. O princípio da tempestividade da tutela jurisdicional foi, também, analisado, sob o prisma da efetividade e em cotejo com o princípio da eficiência, tendo sido declinado que transcorrido o lapso probatório, sem que tenha se verificada a suspensão cautelar do benefício, tampouco sua revogação, deve ser decretado o fim a pena privativa de liberdade. Concluiu-se que a tempestividade da tutela estatal não pode ser um discurso retórico, norma jurídica sem efeitos, ou meramente nominal, mas revestida de imenso poder para mudar a realidade circundante.



Palavras-chave: princípio. *sursis* da pena. celeridade. desencarceramento. efetividade.

Abstract

This article discusses the principle of timeliness of judicial act and the repercussions of their violation in the criminal execution, on the perspective of *sursis* of the criminal sanction. It was exposed the bases of the institute and the acquired right of those who meet the legal requirements. The principle of the timing of judicial act was also analyzed from the perspective of the effectiveness and was compared with the principle of efficiency. It was stated that the expiration of the probationary lapse, without any events results in the declaration of the end of liberty deprivation. It was concluded that the principle of timing of state act can not be a rant, law without effects, or merely nominal, but clothed in immense power to change the surrounding reality.

Key words: principle. *sursis* of the criminal sanction. timing. extrication. effectiveness.

1. Introdução

O tempo não para, já dizia o poeta. Os atos na vida humana não podem se prolongar indevidamente sem um termo, sob pena de violação do dogma constitucional da tempestividade dos atos estatais.

A demora na prestação estatal não pode ser admitida, pois consiste na consagração da figura da prisão burocrática, isto é, a primazia da formalidade oca e exacerbada, em face da efetividade, instrumentalidade e presteza, elementos indissociáveis da tempestividade da tutela jurisdicional.

O princípio constitucional da tempestividade da tutela jurisdicional é mandamento impositivo explícito voltado às relações públicas e particulares. Diga-se a tutela deve ser conferida com prontidão, presteza e efetividade. Não se podendo olvidar que uma tutela efetiva é também uma tutela de alto rendimento, isto é, baixos custos altos proveitos, máxime por vivermos numa sociedade capitalista.

Esse princípio ganha ainda mais relevância no âmbito da execução penal.

A temática que trago aqui diz respeito à tempestividade aplicada ao instituto da suspensão condicional da pena.

Como se sabe a suspensão condicional da pena é um instituto que impede o cumprimento da pena, mediante aplicação de medidas limitadoras da liberdade do apenado, por determinado período. Este benefício tem caráter residual, pois só é cabível, na hipótese de inaplicabilidade da substituição da pena, por restritiva de direitos.

Assim, aplicada a pena privativa de liberdade, não substituída por restritiva de direitos, sendo o caso de suspensão condicional, deverá o juiz aplicar o instituto, que importará na suspensão da pena por determinado prazo, observadas as balizas legais (mínimo de 2 anos e máximo de 6 anos).

Por isso, que a concessão do instituto **não se trata de mera liberalidade do magistrado, mas de direito subjetivo do apenado**, o qual faz *jus*, desde que preenchidos os requisitos legais.

2. Decurso do prazo do *sursis* fixado em sentença, sem a realização da audiência admonitória e a consequente da extinção da pena.

A questão que exsurge é se caberia a extinção da pena, em razão da violação do princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, uma vez decorrido o prazo de *sursis* da pena, a contar do trânsito em julgado para a Acusação, sem a ocorrência da audiência admonitória de concessão do benefício.

Noutras palavras, a inércia estatal na execução dos comandos da sentença criminal pode ensejar a extinção da pena pelo decurso do prazo do *sursis*, a contar do trânsito em julgado para o MP. Fixo o termo inicial, como sendo o trânsito em julgado para Acusação, pois, nesse momento, não há possibilidade de agravo da situação do apenado, havendo a estabilização benéfica ao condenado, ainda que pendente recurso para a Defesa. Sendo decretado a extinção da pena, o óbvio será a perda de objeto do recurso.

De logo, advirto que, quanto a esta matéria, inexistente normatização específica. Cabe-me, portanto, lançar minhas ponderações.

Diante do transcurso do prazo fixado para o *sursis*, a contar do trânsito em julgado para a Acusação, sem qualquer provocação jurisdicional para dar cumprimento aos termos deste, tampouco notícia de cometimento de novos delitos, resta extinta a pena, não havendo como dar mais seguimento à execução, pelo que se deve declarar o fim desta com data retroativa, considerando o termo inicial, para fins de contagem, o trânsito em julgado para Acusação.

Nesse sentido, é o art. 82 do CP:

Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Pela interpretação sistemática do supracitado artigo, tem-se que expirado sem re-

vogação, ou sustação cautelar, o prazo do *sursis* da pena, resta esta inexoravelmente extinta, independentemente da deflagração de outro processo criminal contra o beneficiário, se aos autos esta informação sobreveio, após o esgotamento do prazo de suspensão condicional da pena.

A declaração da extinção da punibilidade cabe ao juiz da execução penal, que é o destinatário do título judicial criminal, ou ao juízo da condenação, quando não expediu a guia de execução penal tempestivamente, permanecendo o processo em sua posse.

Decorrido o prazo do período probatório, sem que tenha se cogitado em suspensão cautelar do benefício, tampouco sua revogação, não há outro caminho, senão por fim a pena privativa de liberdade.

É um erro se esposar que há a suspensão do prazo para *sursis*, enquanto não deflagrada a audiência admonitória, em razão da falta de disposição legal nesse sentido. Outrossim, porque não se admite interpretação penal em prejuízo do processado, consoante os mais basilares fundamentos do Direito Penal. A extinção da pena não fica sujeito apenas ao prazo prescricional, pois este diz respeito à pretensão executória e não há que se falar nesta, pois a pena foi sobrestada em seus efeitos. Nesse caso, aplica-se o prazo fixado na sentença, como limite para a aplicação do instituto. Assim, há que ser declarada extinta a pena, quando o apenado não cometeu novos delitos, tampouco houve sustação cautelar do *sursis*, ou não foi iniciado o cumprimento da pena, sem culpa do apenado, mas decorrente exclusivamente da demora dos trâmites estatais em efetivar as disposições da sentença.

Não pode o jurisdicionado permanecer eternamente a mercê de um provimento judicial. Este deve ser pronto e efetivo. Se intempestivo,

deve trazer em si potencialidade suficiente para reparar a demora e resolver a situação. A reparação devida, no caso, é a extinção da pena, pelo decurso do prazo do *sursis*.

3. Conclusão.

O princípio da tempestividade da tutela jurisdicional não pode ter ressonância simplesmente nominal ou retórica mas deve ser real, mesmo não sendo dinheiro, muito embora possa ser nesse quantificado. Trocadilhos a parte, a todos é assegurada a tramitação célere, no âmbito judicial e administrativo, em obséquio ao princípio da dignidade da pessoa humana, que impede tratamento vexatórios e constrangedores. Por isso, é manifestamente inadmissível a inação do Poder Público, quando demandado, ou quando deveria atuar de ofício, pois a tutela deve ser adequada, isto é, perfeita ao fim que se destina, efetiva, ou seja, com alta carga de resolutividade.

Nesse patamar, torna-se claro o *link* entre os princípios da tempestividade e da eficiência. Explico. A operacionalização da estrutura estatal deve ser pouco onerosa e extremamente efetiva, leia-se de alto rendimento, com elevada aptidão para resolver, de forma satisfatória a demanda, que lhe foi submetida. Sem dúvida, é precipuamente na efetividade que está o elemento qualitativo da tutela, que permite estabelecer padrões de qualidade. Nesse cenário, surgem as Ouvidorias, às quais incumbe zelar pela excelência do serviço público prestado, com vistas a otimização constante e permanente do serviço entregue à coletividade.

No âmbito da execução penal, a vulneração do princípio da tempestividade da tutela estatal tem efeitos nefastos, por revitimizar a população carcerária extremamente estigmatizada e discriminada, que não dispõe de condições dignas para cumprimento da pena resultando

em verdadeiro *bis in idem*.

É cediço que as Unidades Penais brasileiras não ostentam o padrão preconizado pela lei. É comum se noticiar que as prisões brasileiras, como regra, não atendem aos padrões mínimos de salubridade. Afora isto, em algumas há informações de motins e revoltas que, muitas vezes, terminam em mortes, algo bastante lamentável.

Por isso, que a palavra de ordem, na atualidade é o desencarceramento, mediante a adoção de medidas diversas da prisão. Nesse toar, é que o *sursis* da pena ganha relevo, como forma de afastar dos indignos cárceres brasileiros aqueles que cometeram delitos com pouca lesividade jurídica.

Nesse pensar é que se o *sursis* da pena é aplicado às infrações de lesividade jurídica insignificante e, ainda assim, o Estado demora a aplicá-lo, não há outra solução senão reconhecer a inércia estatal e a inviabilidade de execução da sentença, pelo transcurso do prazo fixado, a contar do trânsito em julgado para Acusação.

A tempestividade da tutela estatal não pode ser uma plataforma jurídica-política nominal, tampouco norma programática ou subordinada a posterior regulamentação, mas deve ser apta a revolucionar a realidade, através do respeito ao ser humano.

Por fim, cumpre-me disseminar a seguinte frase: pena para quem dela precisa, na medida da razoabilidade e proporcionalidade, e dignidade para todos indistintamente.

4. Referências.

ALBERGARIA, Jason. Das penas e da Execução Penal. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ALEXY, Robert. “Teoria de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMORIM, Rodolfo de Oliveira e SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Progressão de regime retroativa x direito adquirido Distinção e a progressão de regime per saltum. Jus Brasil, Salvador, 04 jun. 2015. Disponível em: <<http://brunojsilva.jusbrasil.com.br/artigos/195029660/progressao-de-regime-retroativaxdireito-adq...>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. “Curso de direito constitucional contemporâneo”. São Paulo: Saraiva, 2010

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 11. Ed. São Paulo: 2007, Vol. 1.

COSTA NETO, Nilo de Siqueira. Ressocialização do preso: falência do sistema penitenciário. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3560, 31 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24073>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

DELMANTO, Celso. e outros. Código Penal Comentado. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, Rene Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010.

JAKOBS, Günther, e MELIÁ Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas. 2ª edição. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José GIACOMOLLI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARCÃO, Renato. “Curso de execução penal”. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Rafael de Souza. Excesso de execução. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2370, 27 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14077>>. Acesso em: 27 maio 2015.

NOVELINO, Marcelo. “Direito constitucional”. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.

OTTOBONI, Mário. Ninguém é irreversível. 2º ed. ver. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

REGATIERI, Daniella Geres de Lima. Ressocialização como fim da pena . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4050, 3 ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30639>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

ROMANO, Rogério Tadeu. Questões sobre execução da pena. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4178, 9 dez. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32734>>. Acesso em: 05 jun 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Comutação retroativa: imperativo de justiça e legítimo direito adquirido. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4422, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40313>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Indulto retroativo: Respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. *Conteudo Juridico*, Brasília-DF: 15 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53807>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Possibilidade de ato infra legal do Executivo extinguir penas e questões sobre o Poder regulamentar. *Conteudo Juridico*, Brasília-DF: 24 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53881>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Religião e ressocialização do preso. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4423, 11 ago. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41598>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Repercussões introduzidas pelo indulto natalino de 2013: incidentes sobre a pena de multa. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4429, 17 ago. 2015.

SILVA, Bruno Joviniano de Santana. O atestado de pena a cumprir. *Direito fundamental. Instrumento de ressocialização*. Disponível em: http://brunojsilva.jusbrasil.com.br/artigos/195009685/o-atestado-de-pena-a-cumprir-direito-fundamental-instrumento-de-ressocializacao?ref=topic_feed. Acesso. 04. Jun 2015.

VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.



ESCOLA SUPERIOR
Defensoria Pública do MA



DEFENSORIA PÚBLICA
do Estado do Maranhão



A

**QUESTÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOB
AS LENTES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, COM
FOCO NA DISCUSSÃO ESTABELECIDADA ENTRE A
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E FEMINISTA.**

SILVA, Clara Welma Florentino e

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
Defensora Pública do Estado do Maranhão, com atuação atual na 4ª Vara Criminal
de Imperatriz e na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a
Mulher da Comarca de Imperatriz.*



RESUMO

O presente artigo tem natureza científica com proposição prática. Tem, pois, como objeto a análise do tratamento dado atualmente à questão da violência doméstica e familiar contra a mulher pelo Estado e pelo Direito, bem como o fracasso das medidas criminalizantes e o aumento da violência em razão do gênero. Para tanto, aborda o tratamento dada antes pela Lei nº9099/95 e hoje pela Lei 11340/06. Foi analisada a experiência de práticas de Justiça Restaurativa no tratamento de situações de conflito e violência na área da Infância e Juventude, nas cidades de São Paulo e Guarulhos. Questionou-se, pois, a luz da Criminologia Crítica, a eficácia das medidas atualmente adotadas, principalmente em virtude de o sistema criminal contribuir para a criminalização dos acusados, bem como pelo fato de não estar adequadamente instrumentalizado para lidar com conflitos que envolvem relações continuadas de afeto. Observou-se, ainda, como o atual sistema criminal não tem conseguido atender às expectativas que surgiram no seio da Criminologia Feminista, com reflexo na ainda alarmante estatística de casos de violência doméstica contra a mulher. Concluiu-se, pois, pela necessidade de buscar novas estratégias de atuação, propondo, com base na experiência analisada, a utilização de técnicas de Justiça Restaurativa em alguns casos de conflitos de gênero. Para tanto, utilizou-se análise bibliográfica e documental, bem como o estudo de produção científica em artigos e periódicos.

Palavras-Chaves: Violência Doméstica Contra a Mulher. Criminologia. Direito Penal. Justiça Restaurativa.

1) INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva contribuir para a análise das principais questões envolvendo a forma como a questão da violência doméstica é trabalhada, atualmente, pela sociedade. Isso porque, o sistema penal não tem sido capaz de atender

aos anseios das vítimas, nem de prevenir a ocorrência de outros delitos.

Vê-se, na verdade, que o procedimento atualmente adotado pouco ou nada contribui para o empoderamento das vítimas, cujo depoimento em juízo visa quase que exclusivamente a instrução processual, a fim de definir se houve ou não fato típico, ilícito e culpável. Não interessa para o processo os sentimentos subjacentes à causa, tampouco visa o procedimento trabalhar a família.

Assim, busca-se analisar a questão, a partir de um diálogo entre os discursos feminista e garantista, entendendo-se que a via da Justiça Restaurativa mostra-se a mais adequada ao presente caso.

Assim, visa-se trabalhar a questão a partir dos pontos de consenso entre os dois discursos ora apresentados, na esteira do que afirma Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho (2006, p.410):

Em realidade, de forma preliminar, pode-se dizer que o ponto de encontro do feminismo jurídico e do garantismo penal, nesse olhar transdisciplinar sobre o sistema de (in) justiça penal e fenomenologia da violência, é a radical preocupação com o sujeito mais fraco, cujo processo de visibilidade fornecido pelos discursos contraculturais apresenta como sendo a vítima no momento do delito (discurso feminista) e o réu na ocasião do processo (discurso garantista).

Não é objetivo do presente trabalho, e nem poderia ser, esgotar o assunto, apontando todas as teses defendidas pelo movimento feminista e pelos adeptos do discurso garantista, tampouco analisar todos os aspectos das legislações correlatas, abrangendo todos os aspectos acerca da Justiça Restaurativa.

Busca-se, na verdade, analisar os aspectos mais relevantes dessas questões, trazendo uma reflexão crítica da forma como é tratada atualmen-

te a temática, bem como propondo uma forma realmente dialógica de resolução da questão, qual seja, a aplicação de técnicas de Justiça Restaurativa, buscando maior transformação das relações e da própria sociedade.

Dessa forma, busca-se colaborar para a gradual e necessária construção de um sistema penal verdadeiramente transformador, compreendendo que as mudanças que se fazem necessárias precisam ser continuamente discutidas e trabalhadas, e que, apesar das dificuldades e desafios, é preciso mais do que reconhecer a ineficácia do sistema atual, é necessário arriscar soluções ousadas, ainda quando estas pareçam utópicas e distantes.

Assim, parte-se da fundamental análise crítica do sistema posto, propondo-se uma mudança de paradigma, a fim de compreender a amplitude da problemática e colaborar com o aperfeiçoamento do sistema, sob um foco mais restaurativo e menos retributivo.

Para tanto, propõe-se um novo olhar acerca da questão carcerária e do Direito Penal, a fim de questionar sua forma de proteção a bens jurídicos, notadamente a integridade da mulher, em seus amplos aspectos.

Dessa forma, este artigo representa a tentativa de caminhar rumo às alterações que se entendem necessárias, propondo uma nova visão dos papéis do acusado/criminoso, da vítima e do próprio Estado no processo penal.

Considera-se, pois, importante abordar alguns conceitos, sendo interessante observar a análise de Isabella Miranda (MIRANDA, 2015) *apud* Joan Scott (2008, p.1069):

A autora americana define gênero em duas partes e outras sub-partes, ligadas às primeiras. Na primeira parte define gênero como “um elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas diferenças

que distinguem os sexos”¹; na segunda, “o gênero é uma forma primária de relações significantes de poder”². As sub-partes estariam, segundo ela, dispersas nos símbolos e representações culturais, nas normas e doutrinas, nas instituições e organizações sociais, nas identidades subjetivas. Porém, apesar de estes elementos operarem em conjunto nas relações sociais, não seriam, de acordo com a autora, necessariamente, reflexo uns dos outros.

A questão de gênero, seja como elemento das relações sociais baseadas em diferenças entre os sexos, seja como forma primária das relações significantes de poder, não tem sido satisfatoriamente trabalhada na sociedade contemporânea, mas, ao contrário, tem reproduzido uma visão criminalizante sobre as camadas mais pobres da sociedade.

A ineficácia da resposta estatal à violência contra a mulher é perceptível nos dados apresentados por Ana Lúcia Sabadell (2013, p.213-214):

Em relação ao Brasil, estudos da Anistia Internacional da década de 2000 indicavam que a violência contra a mulher era corriqueira e tendia a crescer. Em março de 2010, a ONU divulgou que 70% das mulheres brasileiras sofria algum tipo de violência ao longo da vida e estimava que cerca de trezentas mil eram vítimas de violência doméstica por parte dos maridos ou companheiros. Nesse mesmo ano, dados do governo federal indicavam que a taxa de homicídios femininos havia aumentado 10% em comparação com 2008, sendo que em alguns estados o aumento ultrapassou 50%.

Pesquisa publicada em 2011 indicou que a taxa de homicídios de mulheres era de 3,9 em 100.000 mulheres, sendo muito elevada em comparação internacional. Pesquisa desenvolvida no mesmo período no Rio de Janeiro (“Dossiê Mulher”), pela

1 SCOTT, Joan. **Gender: A Useful Category in Historical Analysis.** www.stor.org (acesso em 09/09/08)P. 1069.

2 SCOTT, Joan. Op. Cit.

Secretaria de Segurança Pública, indicou que ocorria um feminicídio por dia. Em 2011, a secretaria indicou aumento nos percentuais de mulheres vítimas de crimes de homicídio, tentativa de homicídio, lesão corporal, ameaça e crimes sexuais.

Apesar da elaboração da Lei Maria da Penha em 2006 e do importante aumento de denúncias por parte das vítimas, pesquisas recentes indicam que o Brasil ocupa a sétima posição, em uma lista de 84 países, em relação ao índice de violência física e/ou sexual contra a mulher. Os dados impressionam (...).

A ineficácia das alterações legislativas criminalizantes, paralelamente a análise de práticas exitosas que abordaram a Justiça Restaurativa em determinados casos de violência, como se demonstrará adiante, trouxeram a expectativa positiva de sucesso na adaptação de tais práticas à problemática ora apresentada.

Assim, pelas razões expostas, é objetivo desse trabalho analisar a forma como tem sido trabalhada atualmente no Brasil a questão da violência doméstica contra a mulher, bem como a forma que ela pode ser abordada, a luz da Justiça Restaurativa e com base em experiências exitosas já desenvolvidas em casos análogos.

2) O OLHAR RETRIBUTIVO SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: breve análise das recentes alterações legislativas no Brasil

Antes de adentrar a análise legislativa, importante considerar que durante considerável tempo o Estado não interviu nas questões privadas que envolviam a violência doméstica contra a mulher, legitimando o machismo da sociedade patriarcal.

Assim, Carolina de Medeiros e Marília de Mello (2014) apud Alessandro Baratta (1999) nos esclarece que:

A legitimação da sociedade patriarcal por parte do sistema de justiça criminal se deu, dentre outras razões, porque o Estado penal se eximiu de interferir na esfera privada. Nesse sentido, o sistema penal transferiu a responsabilidade de controle sobre as mulheres para outras instituições de controle social, tidas como informais, como as escolas, a mídia, a religião e, principalmente as famílias, através das quais eram aplicadas sanções informais (privadas) às mulheres cujas condutas eram contrárias ao padrão social esperado (não preenchiam a condição de “boa” filha, “boa” esposa, “boa” mãe), e não as formais (públicas) aplicadas pela Justiça Penal.

Como se observa, o grande desafio do Estado é descobrir como e em que medida intervir nessas relações, de forma a resguardar a incolumidade física, psicológica e moral da mulher e resgatar o equilíbrio familiar, seja com o afastamento do agressor do lar conjugal, seja com sua conscientização e retorno a casa, em condições de convívio familiar harmônico e sadio.

Vê-se que a Constituição Federal de 1988, como instrumento normativo brasileiro mais importante, consagrou em seu artigo 226, §8º, a assistência, assegurada pelo Estado, à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Tal garantia não veio apartada de outras, existindo para o acusado de qualquer delito uma série de outros direitos, assegurados em sua maioria no artigo 5º da Constituição Federal.

Um dos primeiros questionamentos que se pode fazer é se a Lei 9099/95 e a Lei 11340/06 representam minimamente esses mecanismos para coibir a violência doméstica, nos termos constitucionalmente determinados.

Nesse sentido, inicialmente, vale considerar que a Lei 9099/95, nos termos de seu artigo 2º, trouxe um processo de forma menos formalista, orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, nos termos da própria lei, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Ao que parece, uma tentativa de diálogo foi trazida, mas não foi instrumentalizada. Os Juizados Especiais não tinham condições, considerando sua grande demanda e seu aparelhamento, de trabalhar sequer as principais questões subjacentes à violência. Tampouco foram eles capazes de romper com a estrutura do sistema penal, que considera o depoimento da vítima com finalidade instrutória e o do acusado com fins de defesa e produção de provas.

O movimento de mulheres, assim como alguns pesquisadores, aponta uma série de críticas ao procedimento sumaríssimo encampado pela Lei 9099/95, como a categoria dogmática de “crime de menor potencial ofensivo”, o fato de a transação penal excluir a participação da vítima na proposição de medidas ao acusado, entre outros.

Nesse sentido, pode-se acompanhar o raciocínio de Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho (2006, p. 415), ao esclarecer que:

Ressalte-se que o ingresso do conflito conjugal no Poder Judiciário tem significado simbólico importante para a mulher agredida. Não apenas pela visibilidade que dá a violência, mas pela informação ao Poder Judiciário de que a mulher agredida, sozinha, não conseguirá pôr termo a agressão. A reafirmação da violência na presença do juiz, terceiro na cena processual, significa o conflito de sua real dimensão de gravidade, realizando deslocamento simbólico capaz de inverter, momentaneamente, a assimetria na relação conjugal. A interferência de atores externos ao conflito (juiz, Ministério Público, advogados) representa importante variável para a vítima, (re)capacitando-a em condições e potencialidades de fala. No momento da audiência, a obrigatoriedade da presença do agressor diante do juiz, do Ministério Público e da vítima, restabelece o equilíbrio rompido com a violência. No entanto, as soluções encontradas pela Lei, através de institutos de composição civil e transação penal, obstaculizam essa expectativa.

Do exposto, podemos observar a necessidade de dar visibilidade a essa questão, permitindo que o Estado conheça os dados da violência doméstica e adote as medidas preventivas necessárias, através também de políticas públicas adequadas.

Acrescenta-se, entretanto, que essa intervenção estatal nas questões privadas deve ocorrer sem que se retire a autonomia das partes envolvidas, tanto para possibilitar o emponderamento da mulher vítima de violência, como para viabilizar uma ressignificação do conflito para o agressor, compreendendo e assumindo sua responsabilidade pelos danos eventualmente causados à vítima.

É importante ainda enfatizar a necessidade de que, desde o primeiro contato com o conflito, o Estado deve agir no sentido combater desigualdades de gênero no discurso das partes envolvidas, colaborando para que se vença “a assimetria da relação conjugal” e para que

se “restabeleça o equilíbrio rompido com a violência”.

Os mesmos autores, adiante, complementam a crítica (CAMPOS, CARVALHO, 2006, p. 416):

(...) o erro inicial do artesão da Lei 9099/95 foi vincular a adjetivação do delito de menor potencial ofensivo à quantidade de pena cominada. Essa opção seria viável se o sistema brasileiro respeitasse os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, conferindo ao crime pena conforme a gravidade da lesão.

Como se passará a defender, nem o delito seria de menor potencial ofensivo, nem a pena mostra-se como o correto medidor da gravidade da lesão. Na verdade, entende-se que o sistema retributivo não obedece a uma lógica aceitável e não é capaz de satisfatoriamente corresponder às expectativas sociais.

Assim, observando a criminalização de condutas e a sanção a elas cominada, é importante lembrar que a pena possui outras finalidades que não unicamente a de retribuição, mas também a de prevenção geral e especial. Portanto, ainda considerando a forma atual e majoritária de analisar o crime e a pena, sob a lógica do sistema penal vigente, devem-se considerar todas as finalidades desta, combatendo eventual ânsia vingativa-retributiva que possa nascer no seio da sociedade.

Abordando outro aspecto do tema, Marília de Mello e Carolina Medeiros (2014) *apud* Nilo Batista (2002) observam que:

A mídia, no entanto, superficializa as realidades sociais e distorce o modo de enxergá-las, de sorte que a essência dos problemas passa a ser ignorada. Adicionalmente, todo o conhecimento produzido nas universidades por estudiosos renomados a respeito da violência institucional nas prisões, seus efeitos negativos sobre o indivíduo e o fracasso das ideologias prevencionistas é escondido.

Ganham espaço nos telejornais de maiores audiências, em contrapartida, os discursos vazios dos “especialistas em tudo”, os quais reduzem as complexidades dos conflitos ao binômio delito-pena e tentam convencer os expectadores de que a única opção que resta ao Estado é o poder de punir e criminalizar.

Vê-se, pois, o papel da mídia no estímulo às medidas punitivistas, levando a população a crer que a solução para muitos dos problemas sociais dá-se pela criminalização de condutas, pelo aumento de penas e por outras políticas criminais recrudescedoras.

Esse apelo midiático, amparado no forte sentimento de insegurança social, bem como na necessidade de políticas públicas mais complexas, cria um ambiente favorável para inserção dessas ideias político-eleitorais, eximindo os governantes de ações sociais eficazes e garantindo-lhes popularidade.

Complementando a ideia acima, Raúl Zaffaroni (2011, p.44) acrescenta que:

Essas normalizações são claramente inconstitucionais porque, (a) usam as pessoas como meio para obtenção de fins e (b) porque valoram positivamente o embuste público (pretendem que a população acredite falsamente que seus bens são tutelados com eficácia). Quando os bens jurídicos ficam desprotegidos, o público enganado e o poder punitivo incrementado, é violada frontalmente a constituição porque (a) não se provê segurança, (b) se coisificam ou se mediatizam os seres humanos, (c) o princípio democrático é pervertido por enganação, (d) se colocam em perigo os âmbitos democráticos, habilitando o abuso do poder punitivo, (e) se aprofunda a seletividade punitiva, (f) por fim, se obstaculizam o desenvolvimento social e o aperfeiçoamento institucional.

Foi nesse contexto que surgiu a Lei Maria da Penha, em alusão ao sofrimento da cearense de mesmo nome, cujo então marido tentou mata-la duas vezes, deixando-a paraplégica em virtude das agressões sofridas.

Desde a vigência desta lei até os dias de hoje, a mulher ainda não conseguiu espaço para expor seu sofrimento. O que se observa é que a atuação processual da vítima é reduzida, restringindo-se quase que unicamente a colaboração com a instrução processual, de forma que, quando decide retroceder com a ação penal, sua manifestação de vontade não é valorada da mesma forma que o foi para a instauração do processo.

Tenta-se, assim, minimizar os efeitos de eventuais ameaças por parte do agressor ou da própria vulnerabilidade da mulher, que poderiam tencioná-la a desistir do processo. Com isso, não se deixa de impedir a mulher de ter voz, prejudicando seu emponderamento.

Julita Lemgruber (LEMGRUMBER, 2001, p.381) esclarece, ainda, que:

(...) legislações muito rígidas desestimulam as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores e registrarem suas queixas. Sempre que o companheiro ou esposo é o único provedor da família, o medo de sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade. É urgente que se amplie o conhecimento das experiências alternativas à imposição de penas nessa área, pois já existe evidência de que, em vários casos, o encarceramento de homens pode aumentar,

ao invés de diminuir, os níveis de violência contra a mulher e as taxas gerais de impunidade para esse tipo de crime.

Vê-se, pois, como a carcerização do agressor não foi capaz de resolver o problema da violência doméstica, a exemplo do crescente aumento das estatísticas. O que se observa é que, ao contrário, o sistema penitenciário potencializou esse problema social.

Forçoso, pois, constatar, que a via da criminalização, constantemente adotada pelos motivos já expostos, mostra-se incapaz de solucionar o problema da violência doméstica contra a mulher. Assim, estando tal política de criminalização fadada ao insucesso, não se pode insistir nela, pelos prejuízos sociais que diariamente causa.

Ademais, a seletividade do sistema criminal continua manifestando-se também nesses tipos de conflitos. Como se sabe, a violência familiar contra a mulher não é exclusiva das populações negras e pobres, mas ainda são estes os constantes presos pela “Lei Maria da Penha”.

Nesse sentido, importante analisar o que diz Leda Maria Hermann (HERMANN, 2002, p.18-19):

Certamente o caminho para a solução do conflito não passa pela criminalização, muito menos pela carcerização do agressor, na medida em que o sistema penal, em especial a pena de prisão, não oferece mais que uma falácia ideológica em termos de ressocialização do agente (...) Esse

mesmo sistema, ademais, não faz pelas vítimas mais do que duplicar suas dores, expondo-as a um ritual indiferente e formal, que desconsidera a diversidade inerente à condição humana e reproduz os valores patriarcais que conduziram até ele. Aportando ao sistema penal, a vítima, mais do que nunca, distancia-se do seu desiderato de reformular a convivência doméstica, porque deflagra um aparato que não está munido dos mecanismos necessários para a mediação de conflito, o que a leva a retirar-se do espaço público que conquistou ao longo de uma história de lutas, para retornar à esfera do privado, desmuniada de qualquer resposta.

Partindo da premissa aqui construída de que não se tem combatido o problema da violência doméstica e familiar contra a mulher de forma adequada, passa-se a analisar a possibilidade de outra forma de trabalhar a questão, desta vez sob a ótica da criminologia e da justiça restaurativa.

3) ANÁLISE DA QUESTÃO SOB A PERSPECTIVA CRÍTICA DA CRIMINOLOGIA

A luta feminista, em certa medida, foi ouvida; suas angústias, seus sofrimentos e suas opressões ganharam alguma notoriedade. O Estado foi chamado a manifestar-se sobre essa realidade social e escolheu a via da criminalização das condutas.

No entanto, o processo penal, autoritário e antidemocrático, subjugou mais uma vez a voz dessas mulheres. Suas falas passaram a restringir-se à produção de provas para absolver ou condenar, ou ainda, auxiliar na busca da medida protetiva

adequada (medida essa que não pode ser escolhida por elas). Suas opiniões foram relativamente consideradas, já que se defendeu amplamente que essas mulheres vítimas de violência não tem condições de decidir sobre a necessidade do curso processual nem sobre as medidas a serem aplicadas a seus (ex)companheiros.

Por outro lado, a criminalização espalhou mais uma vez a etiqueta de “criminoso”, mas não sobre todos os homens que violentam física, psicológica, sexual, patrimonial ou moralmente suas namoradas, companheiras ou esposas, ex ou atuais.

O sistema penal, como se sabe, seleciona condutas e pessoas a punir, utilizando, para tanto, diversos artifícios. Não é a toa que são majoritariamente homens pretos e pobres os presos diariamente, acusados de violência doméstica. Também não é a toa que mesmo com essa resposta estatal, as violências de gênero contra as mulheres não tenham cessado, nem diminuído, apesar de ter crescido exponencialmente o encarceramento de seus agressores.

Nesse sentido, Zaffaroni (2004, p.43) complementa com maestria o exposto:

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizaram ou formalizaram o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal.

Como se passa a apresentar, a resposta estatal não foi capaz de solucionar de o problema dessas mulheres, mas trouxe consigo uma série de outras questões igualmente problemáticas.

Assim, mostra-se necessário relacionar a alternativa criminalizante proposta pelo Estado com a perspectiva de papéis de homem-mulher im-

posta pelo paradigma biológico-sexista, bem como com a crítica realizada a partir do paradigma social de gênero.

Para tanto, importante contextualizar a discussão dentro do discurso da Criminologia, acompanhando seus debates, seus avanços e seus desafios. Nessa esteira, Vera Regina (ANDRADE, 2005) nos ensina que:

as perguntas possibilitadas pela perspectiva de gênero vão, hoje, na esteira da Criminologia da reação social e Crítica (que deslocou o objeto criminológico do crime e do criminoso para o sistema de justiça criminal e o processo de criminalização por ele exercido), muito além de Lombroso e seu tempo, culminando na Criminologia Feminista. A primeira pergunta refere-se, precisamente, à ausência secular da mulher, seja como objeto, seja como sujeito da Criminologia e do próprio Sistema de Justiça criminal. Refere-se os silêncios do saber e do poder: o que sabemos da mulher no universo da criminalidade (como autora e como vítima de crimes) e da criminalização? [...] Na bipolaridade de gênero, não será difícil visualizar, no esteriótipo do macho heróico e público acima referenciado as potencialidades de seu próprio outro, a saber, o anti-herói construído como criminoso; como não será difícil visualizar na mulher encerrada em seu espaço privado, o recato e os requisitos correspondentes à estereotipia da vítima. Ao homens poderosos e (im)produtivos o ônus da periculosidade e da etiqueta criminal; às mulheres fragilizadas (como as crianças, , os velhos, os homossexuais e outros excluídos do pacto da virilidade) o bônus? da vitimação. Empiricamente, são os homens que lotam as prisões, ao lado da incômoda presença de algumas mulheres, que nos Códigos sempre têm a seu favor a exculpante de um estado especial (puerperal, menstrual, hormonal, emocional) [...].

A análise a que se propõe este trabalho passa necessariamente pela análise da questão

de gênero, da violência contra a mulher e das alternativas de combate a essa visão machista e androginista da sociedade. Essa análise passa, também, pela avaliação crítica do sistema penal e de sua contribuição para a crescente criminalização de pretos e pobres.

Nesse sentido, mostra-se importante pontuar a compreensão de Zaffaroni (1991, p.15) acerca da realidade dos nossos sistemas penais:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.

Observa-se, pois, que a decisão de buscar soluções para a problemática da violência doméstica e familiar contra a mulher por meio da criminalização desses atos foi, em grande parte, motivada pela ideia de que existia grande impunidade e que a “cifra negra” era talvez maior do que nos outros tipos já incriminados.

Nesse sentido, importante observar a análise de Isabella Miranda (2015, p.32):

Assim, se a “criminalidade” registrada pelas agências policiais não indica a real extensão da “criminalidade”, mas apenas uma parte, já que a chamada cifra negra – que seria a diferença entre ambas – não é levada em conta, devemos nos perguntar qual o critério utilizado para que somente alguns indivíduos – e não outros – tenham suas condutas rotuladas como desviantes. Qualidade esta que não é intrínseca, como pretenderia a criminologia etiológica, mas se dá de acordo com o processo de criminalização, em que o rótulo de infrator é

atribuído pelo sistema penal a determinados indivíduos, já que o crime é fenômeno social geral, mas a criminalização é fenômeno destinado a uma minoria determinada.

O que se observa, entretanto, é que a “cifra negra” não é negra, mas tem classe e cor. Aqueles que não são alcançados pela lei penal são primordialmente brancos e ricos.

Ademais, por oportuno, questiona-se também, além da escolha estatal da criminalização de condutas, a desconsideração da opinião da mulher nas questões que lhe são afetas.

Defende-se, pois, neste trabalho, a busca pelo emponderamento das mulheres, inclusive as vítimas de violência doméstica, compreendendo a importância de ouvir suas vozes e seus gritos, nos relatos de suas dores. Entende-se, pois, que não há como tratar dessas questões que lhes interessam diretamente sem considerar, ou mesmo relativizando, suas opiniões e suas vontades.

O combate a violência doméstica e contra o pensamento machista e androginista deve ser travada coletivamente, considerando essas questões criminológicas e sociais, e também reconhecendo a mulher como sujeito de sua história e de seus direitos e ser humano capaz de livremente manifestar-se. O emponderamento que se busca perpassa, pois, esse reconhecimento.

4) O OLHAR RESTAURATIVO SOBRE O CONFLITO DOMÉSTICO

A partir da percepção das incongruências do sistema penal e dos problemas trazidos pela saída da criminalização, propõe-se a observação da realidade segundo um novo paradigma: o da justiça restaurativa. E, a partir deste, construir soluções que se adequem a cada caso.

É sobre essa premissa restaurativa que se passa a pensar o conflito de gênero, analisando a possibilidade de utilizá-lo como elemento para

construção de uma sociedade mais igualitária e respeitadora das diferenças.

Assim, mostra-se fundamental observar a análise de Howard Zehr (2008, p. 175-176), quando propõe um novo foco sobre o crime e a justiça:

(...) Quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser “O que devemos fazer ao ofensor?”, ou “O que o ofensor merece?”, mas sim “O que podemos fazer para corrigir a situação?”.

Em vez de definir a justiça como retribuição, nós a definiremos como restauração. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Atos de restauração –ao invés de mais violação– deveriam contrabalancear o dano advindo do crime. É impossível garantir recuperação total, evidentemente, mas a verdadeira justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual esse processo pode começar.

Essa observação encaixa-se perfeitamente na problemática da violência doméstica contra a mulher. É necessário, pois, que se questione a forma de corrigir a situação e que se analise se o cárcere tem sido uma resposta suficientemente satisfatória para a questão.

É nesse contexto de reflexão que se propõe a “saída restaurativa”, sendo esclarecedoras as palavras de André Giamberardino (2015, p. 153):

“Restauração”, “restituição criativa”, mediação: a denominação não deve importar tanto, já que “nomes” muitas vezes podem trazer consigo vícios e experiências que não correspondem ao que se pretende. O ponto central está na participação ativa e criativa dos sujeitos criminalizados e vitimizados, na criação de espaços e oportunidades de diálogo e mútua compreensão. É natural que prevaleça a utilização de termos relativos às “práticas restaurativas” porque se trata, efetivamente, do mais consistente movimento, na atualidade, que caminha nessa direção. De todo modo, o termo não

deve aprisionar e reduzir o potencial da proposta que está na base.

A justiça restaurativa, em sentido amplo, é em regra definida como conjunto de princípios normativos que, assim como outras teorias, visa responder à questão sobre como uma sociedade deve (re)agir diante do conflito.

Nesse sentido, importante conhecer a experiência desenvolvida em Guarulhos e São Paulo, de práticas de Justiça Restaurativa desenvolvidas através do projeto denominado “Justiça e Educação: parceria para a cidadania”.

Essas práticas foram implementadas por Daniel Issler e Egberto de Almeida Penido (2012, p.229-230), juízes de direito que trabalhavam a questão da infância e juventude em suas comarcas. Eles relatam suas experiências, informando que:

(...) o projeto referido abordou situações de conflito e violência na área da Infância e Juventude, considerando a manifesta convergência entre o sistema de valores e ações preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema de valores e ações preconizado pela Justiça Restaurativa.

Para tanto, por meio da metodologia do círculo restaurativo, criaram-se espaços de atendimento de resoluções de conflitos, seguros e acolhedores, no Fórum, na comunidade e em escolas públicas, e se estruturaram fluxos e procedimentos.

São três, basicamente, as situações de conflitos sobre as quais o projeto se debruça: a) conflitos intersubjetivos envolvendo questões emocionais e de desrespeito; b) conflitos oriundos de infrações de natureza disciplinar dentro das escolas; c) conflitos ou situações de violência gerados por atos infracionais de natureza leve, estes compreendidos como os que não chegam a afetar a segurança dos indivíduos presentes no local (exemplos: lesões de natureza leve, ameaça, injúria, dano ao patrimônio).

A partir do relato detalhado da experiência pau-

lista e do sucesso de sua implementação, vê-se, pois, a interessante possibilidade de migrar essa experiência para a seara da violência doméstica, já que grande quantidade dos conflitos envolvendo a questão dizem respeito as condutas tipificadas nos delitos de ameaça e lesão leve, assim como é marcante o interesse das vítimas, muitas vezes, em compor o conflito.

Observa-se que tal prática dialógica e restaurativa tem potencial de evitar o agravamento dos conflitos, principalmente considerando que envolvem relações continuadas de afetos, e de combater a criminalização dos acusados de tais práticas.

Paralelamente, vê-se como o desenvolvimento desses círculos restaurativos podem aprimorar a abordagem da temática de gênero, permitindo que todos os sujeitos (vítima, agressor e outros) possam participar ativamente da construção da resposta que compreendem mais adequada ao conflito por eles vivenciado.

Essa participação da vítima na solução do problema por ela vivido tem muito mais condições de emponderá-la e de resgatar sua postura ativa diante das situações conflituosas que se lhe apresentam, do que que o processo penal que a ignora e submete às decisões de um terceiro que pouco ouviu de sua história e pouco sabe de suas dores.

Ademais, ao contrário do que ocorre no processo penal, em que os sentimentos da vítima são secundários e o ofensor não tem responsabilidade pela resolução da questão (este tem que cumprir a decisão estatal por ter ofendido uma regra imposta pelo Estado), na resolução de conflitos sob a ótica da Justiça Restaurativa, o sofrimento da vítima é lamentado e reconhecido, bem como o comportamento responsável do ofensor é estimulado, focando-se a denúncia no ato danoso e

não precisamente no acusado.

Nesse sentido, Howard Zehr (2008, p. 199) faz um breve sumário do que chama de lentes retributiva e restaurativa, enfatizando que essas duas perspectivas podem ser apresentadas de modo mais extenso, o que realiza, em sua obra, com maestria.

Segundo a justiça retributiva: 1.o crime viola o Estado e suas leis; 2. o foco da justiça é o estabelecimento da culpa; 3. para que se possa administrar doses de dor; 4.a justiça é buscada através de um conflito de adversários; 5.no qual o ofensor está contra o Estado; 6.regras e intenções valem mais que resultados; 7.um lado ganha e o outro perde.

Segundo a justiça restaurativa: 1.o crime viola pessoas e relacionamentos; 2. A justiça visa identificar necessidades e obrigações; 3. para que as coisas fiquem bem; 4.a justiça fomenta o diálogo e entendimento mútuo; 5.dá às vítimas e ofensores papéis principais; 6.é avaliada pela medida em que responsabilidades foram assumidas, necessidades atendidas, e cura (de indivíduos e relacionamentos) promovida.

Assim, o desenvolvimento da prática restaurativa nos conflitos de gênero que se propõe baseia-se no procedimento metodológico desenvolvido por Daniel Issler e Egberto de Almeida Penido (2012, p.234), em sua experiência nos conflitos envolvendo adolescentes em São Paulo e Guarulhos. Esse procedimento denomina-se “círculo restaurativo”, significando o processo ordenado em etapas, em que se propicia o encontro voluntário entre “vítima”, “ofensor” e comunidade, para através de um “facilitador restaurativo” previamente capacitado, identifiquem as possibilidades de composição das divergências e o desenvolvimento conjunto de habilidades para evitar do conflitos futuros.

Nesse caso, adaptam-se a esse tipo de conflito as técnicas costumeiramente aplicadas na mediação de conflitos familiares, por exemplo, como técnicas de comunicação, escuta ativa, técnicas de cooperação, entre outros.

É necessário, pois, que todos os envolvidos disponibilizem-se voluntariamente (sem coerção) a participar dos ciclos restaurativos e que o causador do dano não negue a conduta que lhe foi imputada (ou pelo menos que os sujeitos cheguem a um consenso do que, de fato, aconteceu). Isso é importante pelas próprias posturas ativas que serão necessárias de todos, assim como pela fundamental responsabilização do ofensor, não no sentido de culpa com o Estado, mas de sua responsabilização perante a vítima pelos seus atos, na medida de seu arrependimento e da possibilidade de reparação dos danos eventualmente causados.

É importante frisar, na esteira do que defende Howard Zehr (2008, p. 191), que a “lente restaurativa”, ao contrário do que prega a “lente retributiva”, não presume que o comportamento do ofensor foi livremente escolhido, baseando-se, para tanto, na ideia do livre arbítrio ou do determinismo social. Na verdade, através da “lente restaurativa”, reconhece-se as diferenças entre a realidade potencial e atual da liberdade humana, bem como o papel do contexto social nas escolhas, sem negar a responsabilidade pessoal.

No entanto, essa responsabilização pessoal não se funda no cumprimento de uma pena atribuída pelo Estado, mas na assunção de responsabilidades, na medida de suas necessidades e possibilidades, propostas pelos envolvidos na construção de uma nova realidade.

5) METODOLOGIA

A pesquisa foi conduzida inicialmente por uma abordagem sócio-histórico-jurídica, analisando diversas vertentes subjacentes ao tema, tais como o discurso feminista, o discurso garantista e a proposta restaurativa. A abordagem pretende ir além de referências normativas, questionando a eficácia das opções legislativas no Brasil, frente ao crescente índice de violência contra a mulher.

O trabalho analisa a experiência bem sucedida de implementação de um programa de Justiça Restaurativa denominado “Justiça e Educação: parceria para a cidadania”, em regiões das cidades de São Paulo e Guarulhos, envolvendo diversos órgãos da Secretaria Estadual da Educação e do Sistema de Justiça (Tribunal de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública), desenvolvido a partir de 2006.

Para tanto, propõe a adaptação das práticas aí utilizadas no tratamento da questão da violência na infância e juventude para a situação da violência doméstica e familiar contra a mulher, por concluir que as alternativas restaurativas são melhores do que as retributivas.

Nesse sentido foram consultados livros e periódicos nas áreas de Direito Penal, Criminologia, Sociologia e Direitos Humanos.

A metodologia da pesquisa envolveu, além das fases de discussão das questões subjacentes ao tema e coleta e análise de dados e descrição sintética do desenvolvimento dos ciclos restaurativos, um outro momento, de natureza propositiva, referente a aplicação das práticas restaurativas analisadas nas questões envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme avaliação casuística.

6) CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão a que aqui se chega perpassa a análise conclusiva de Vera Regina (ANDRADE, 2012, p. 157):

Se ao longo da argumentação enfatizei que o sistema (assim como os criminosos e as vítimas) somos todos nós e que o tratamento que o sistema penal confere à mulher é o mesmo tratamento que o público-senso comum lhe confere (agora acrescento as famílias, os maridos, os chefes, os homens e as mulheres, inclusive), somente posso concluir que o limite do sistema é, em nível macro, o limite da própria sociedade patriarcal capitalista e, em nível micro, o limite das instituições e dos sujeitos: é o nosso próprio limite. Não existem modelos oficiais ou outros, que não tragam consigo as marcas destes limites.

Sob pena de continuarmos reproduzindo o maniqueísmo e a culpabilização exteriorizada e exteriorizante do sistema penal, parece haver, em nível micro, um duplo caminho a indicar e duas palavras-chaves: inclusão e corresponsabilização; ou melhor, uma dupla inclusão naquela responsabilização que parece ser apenas do outro: (a) a nossa inclusão e corresponsabilização na mecânica da violência (e na sua superação)

e (b) a inclusão de homens e mulheres como “sujeitos” nas relações de violência, e sua percepção para além da violência estrutural, institucional e subjetiva, como relacional (intersubjetiva). Isso implica conceder voz a todos os sujeitos implicados, individuais (homens e mulheres) e coletivos (feminismos e sistema penal), iniciando por problematizar a grande rubrica do feminismo: “violência contra a mulher”.

Isso porque é preciso analisar a questão carcerária e criminal, sem olvidar as finalidades da pena e as consequências do cárcere. Assim, por todo o exposto, entendeu-se que a aplicação das práticas restaurativas, a exemplo do projeto analisado, mostra-se como uma medida socialmente mais adequada para a maioria dos casos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher.

É importante, pois, sensibilizar não apenas o movimento feminista, mas toda a sociedade, da importância de analisar criticamente essas questões, a fim de que se possa construir coletivamente os resultados que se quer.

Considera-se, pois, que as práticas restaurativas apresentam-se mais coerentes com os anseios feministas e garantistas, na medida em que não retira a autonomia dos sujeitos envolvidos, mas viabiliza que a discussão coletiva promova, por esses sujeitos, a responsabilização refletida e adequada de todos.

A partir daí é possível pensar na multiplicação de projetos como o analisado, amoldando-o conforme a realidade, a fim de propiciar uma intervenção social mais efetiva e democrática.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sexo e gênero: a Mulher e o feminino na criminologia e no sistema de Justiça criminal**. Boletim IBCCrim. 2005.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 45-46.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência Doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 14(2), p.410, maio/agosto.2006.

Cf. Dossiê Mulher 2010. Instituto de Segurança Pública. Série Estudos 2. Disponível em <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?id=155>.

HERMANN, Leda Maria. Violência doméstica e os Juizados especiais criminais: a dor que a Lei esqueceu. Campinas: Servanda, 2002, p.18-19.

<http://web.amnesty.org/actforwomen/domestic-index-esl>.

<http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/detail/152824.html>.

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=104257&ctp=1>.

LEMGRUBER, Julita. A mulher e o sistema de justiça criminal – Algumas notas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 36, p.381, out-dez, 2001, p.381.

MEDEIROS, Carolina Salazar l'Arme Queiroga de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **O simbolismo da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher**. In: João Paulo Allain Teixeira; Louise Dantas de Andrade. (Org.). *Jurisdição, Processo e Direitos Humanos*. 1ed. Recife: APPODI, 2014, v. 1, p. 18-27.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no

capitalismo tardio. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. P. 271-288, 2002, p. 274-276.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

ISSLER, Daniel; PENIDO, Egberto de Almeida. *A Justiça Restaurativa nas Comarcas de São Paulo e Guarulhos*. In: BRAGANETO, Adolfo.; SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). **Aspectos atuais sobre a Mediação de Conflitos e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.p.229-242.

Pesquisa do Instituto Sangari intitulada *Mapa da violência 2010. Anatomia dos homicídios no Brasil*. <http://www/mapadaviolenciaorg.br/pdf2010/MapaViolencia2010.pdf>

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCOTT, Joan. **Gender: A Useful Category in Historical Analysis**. www.stor.org (acesso em 09/09/08)P. 1069

SILVA, ISABELLA MIRANDA DA. “**Em briga de marido e mulher ninguém mete a colher?**” *Uma análise das políticas criminais de violência doméstica sob a perspectiva da Criminologia Crítica e Feminista*. Ed. Lumen Juris, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina*. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 15, n. 17/18, p.39-46, 2011, p.44.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas** – a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

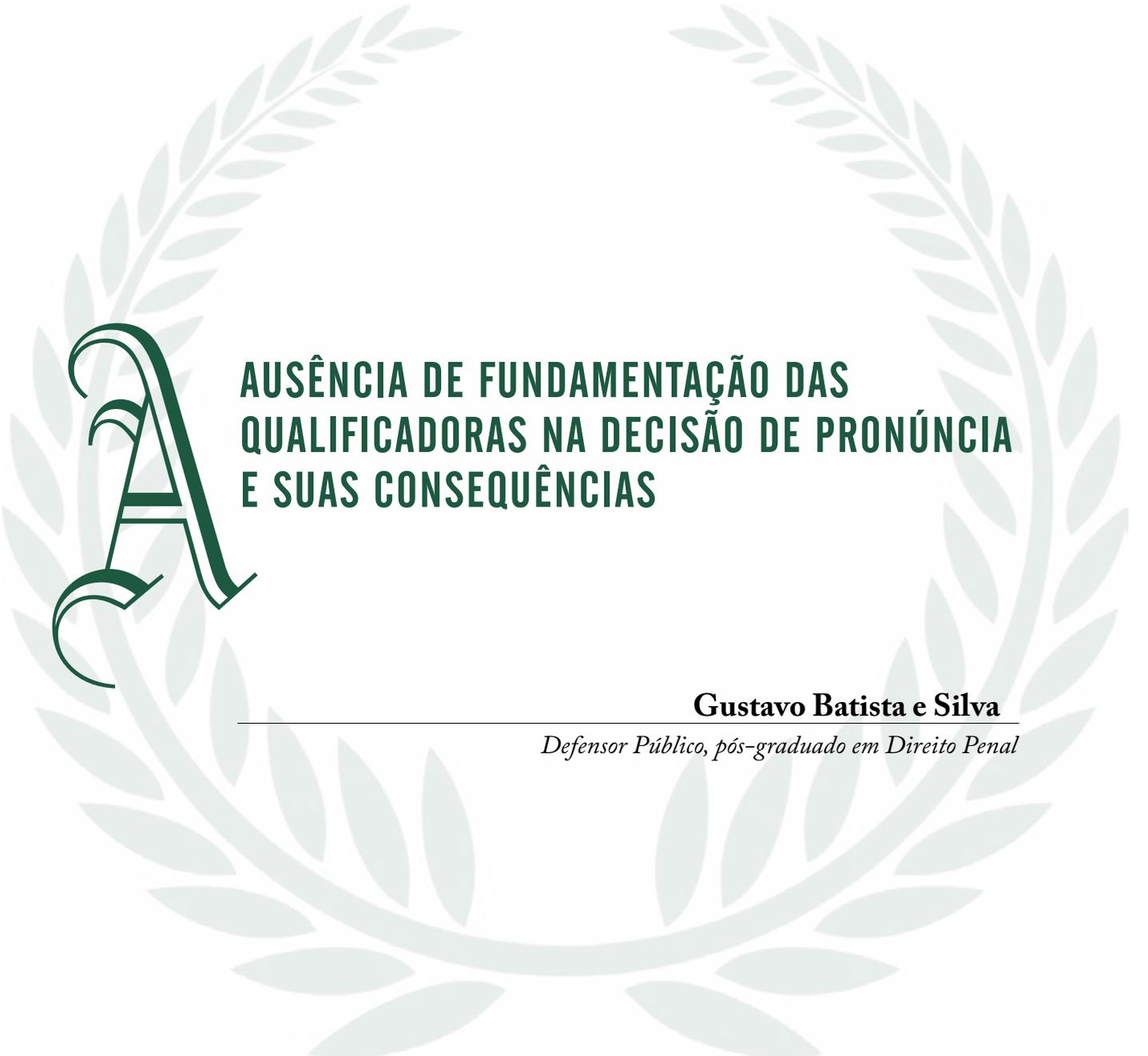
ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.



ESCOLA SUPERIOR
Defensoria Pública do MA



DEFENSORIA PÚBLICA
do Estado do Maranhão



A

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS QUALIFICADORAS NA DECISÃO DE PRONÚNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Gustavo Batista e Silva

Defensor Público, pós-graduado em Direito Penal

Resumo

O presente artigo tem por objetivo aprofundar o debate sobre a ausência de fundamentação das qualificadoras na decisão de pronúncia. É comum ver pronúncias nas quais o magistrado singular se limita a fundamentar a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria, no entanto, falha ao fundamentar a qualificadora, seja por ausência de fundamentação, seja por deficiência da mesma. Para isso, procurar-se-á, com base na melhor doutrina e jurisprudência sobre o tema, discutir o vício da ausência de fundamentação e suas consequências, considerando ainda os princípios da liberdade, razoável duração do processo e segurança jurídica.

Palavras-chave: Decisão de pronúncia. Fundamentação das decisões judiciais. Juízo de admissibilidade. Ausência/deficiência de fundamentação das qualificadoras na pronúncia.

Sumário: Introdução. 1. A decisão de pronúncia. 2. Requisitos para a pronúncia. 3. A fundamentação na decisão de pronúncia. 3.1 A fundamentação das qualificadoras na decisão de pronúncia. 3.2. Consequências do reconhecimento da nulidade da pronúncia em razão da ausência/deficiência de fundamentação das qualificadoras. Possibilidade de reforma da pronúncia com a exclusão da qualificadora. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O julgamento pelo tribunal popular do júri é direito fundamental consagrado no art. 5º, inciso XXXVIII, da CF/88, cabendo a esse órgão julgar os crimes dolosos contra a vida e crimes conexos.

A Magna Carta, então, atribui a competência para julgamento a pessoas não integrantes do Poder Judiciário. Assim, o julgamento é feito por juízes leigos.

Diante das peculiaridades do júri, existe um procedimento inicial (*judicium accusationis*) que visa a análise da viabilidade da acusação, a fim de se evitar que todo e qualquer caso em que se apure crime doloso contra a vida seja submetido à apreciação pelo conselho de sentença. Tal procedimento tem por objetivo evitar que acusações temerárias sejam decididas por um corpo de jurados que geralmente não possui conhecimentos jurídicos aprofundados.

Dessa forma, nosso legislador ordinário regulou o procedimento do júri no Código de Processo Penal (arts. 406 a 497), prevendo claramente a existências de duas fases, ou seja, o procedimento do júri é bifásico.

A primeira fase do procedimento consiste em uma espécie de instrução preliminar e se inicia com o recebimento da peça acusatória, com posterior realização de instrução processual. Encerrada a instrução processual e oferecidas as alegações finais das partes (seja na forma oral, seja na forma escrita), deverá o juiz prolatar uma decisão, a qual pode ser de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou de desclassificação. No presente estudo, lidaremos apenas com a hipótese da pronúncia.

Após a preclusão da decisão de pronúncia, tem-se início a segunda fase do procedimento, conhecida como *judicium causae*.

Assim, no que interessa ao presente estudo, analisaremos a decisão de pronúncia e seus requisitos, com especial ênfase ao tema fundamentação do juízo de admissibilidade das qualificadoras, passando em seguida a discorrer sobre as consequências da ausência/deficiência de motivação.

1 A decisão de pronúncia.

Encerrada a instrução preliminar e entendendo o magistrado ser caso de julgamento

pelo tribunal popular do júri, o julgador proferirá uma decisão de pronúncia. Essa decisão é extremamente relevante, pois uma de suas principais funções é limitar o teor da acusação a ser sustentada em plenário.

A doutrina costuma classificar a pronúncia como uma decisão interlocutória mista: é interlocutória porque não encerra o processo; é mista porque, ao encerrar uma fase do procedimento, dá início à sua etapa seguinte.

É na decisão de pronúncia que o juiz sumariante realiza o juízo de admissibilidade da acusação, emitindo provimento de convicção sobre a existência de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, elementos mínimos para que se possa submeter o acusado ao julgamento popular. A ausência de qualquer desses elementos impede a prolação de uma decisão de pronúncia.

Vê-se, então, que a pronúncia não é uma decisão terminativa, pois não há julgamento do mérito da acusação, não há nela condenação ou absolvição; há apenas o reconhecimento da competência do tribunal do júri para a apreciação e julgamento do caso concreto. O juiz sumariante apenas julga admissível o *ius accusationis*.

2. Requisitos para a pronúncia

Os requisitos legais para a pronúncia estão previstos no art. 413 do Código de Processo Penal. Vejamos:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Ao proferir uma decisão de pronúncia, o magistrado declara estar convencido (juízo de certeza) da materialidade do fato em apuração,

bem como existir uma probabilidade de ser o acusado o autor do fato (indícios suficientes de autoria ou participação). Não cabe ao magistrado, nesse momento, emitir juízo de certeza sobre a autoria, posto que não está a julgar a causa, mas sim a realizar juízo de admissibilidade da pretensão acusatória. Nesse sentido, citamos julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. PRONÚNCIA. MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.

QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INOCORRÊNCIA.

1. A decisão de pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade da acusação, não se exigindo certeza, mas tão somente o exame de prova da materialidade e de indícios da autoria.

2. No caso, não há nenhuma ilegalidade na sentença de pronúncia que apresentou fundamentação suficiente, dentro dos estreitos limites o artigo 413, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, para submeter o ora agravante a julgamento pelo Tribunal do Júri, mormente quanto à qualificadora do motivo torpe.

3. Inexistente a nulidade por excesso de linguagem, visto que as instâncias ordinárias limitaram-se a descrever os fatos e a apontar os indícios de participação do acusado no crime, não emitindo qualquer juízo de valor capaz de influir no ânimo dos integrantes do Conselho de Sentença.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 528.626/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015)

A prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria ou participação são os requisitos legais mínimos para a pronúncia. Ausente qualquer um desses requisitos, será

impossível a submissão do acusado ao julgamento pelo júri, devendo o magistrado impronunciar o réu.

Quanto ao primeiro requisito (prova da materialidade), este se encontra satisfeito quando houver nos autos “prova da existência de fato penalmente relevante” (NUCCI, 2014). Não significa dizer a ocorrência de um crime, mas apenas deve ser comprovada a ocorrência de um evento possivelmente criminoso.

Com relação aos indícios suficientes de autoria ou participação, não se fala em juízo de certeza sobre a autoria do fato, mas apenas em uma mera probabilidade de ter o acusado concorrido para a prática do delito a ele imputado, seja na qualidade de autor, seja na de partícipe. Deve o juiz se contentar com a existência de uma prova semiplena da autoria.

A prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria ou de participação devem ser evidenciados durante a instrução processual, onde vigoram os princípios do contraditório e da plenitude de defesa. É inadmissível a prolação de decisão de pronúncia com base apenas em elementos de convicção (geralmente apurados no inquérito policial) colhidos sem a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa. Afirmar o contrário significa permitir que os jurados apreciem a causa apenas com base em “provas” produzidas sem que a defesa tenha tido a oportunidade de exercer o contraditório.

Ademais, cabe ao magistrado agir com bastante cautela ao proferir uma decisão de pronúncia. Afinal, através dessa decisão submeterá o acusado a julgamento pelos seus pares, representantes da sociedade convocados para decidir a causa. Por se tratarem de indivíduos que normalmente não possuem conhecimentos jurídicos, deve-se evitar a submissão de casos cujo acervo probatório, no entendimento do juiz singular, não seja suficiente para a condenação.

Guilherme de Souza Nucci, ao abordar o assunto, afirma a necessidade de um maior cuidado pelo julgador nesta fase do processo:

“Noutros termos, a decisão de pronúncia – juízo de admissibilidade da acusação – é momento sério e importante para o réu, devendo ser enfrentado pelo magistrado com a indispensável cautela. Jamais se pode enviar a júri um caso em que as provas, uníssonas, demandam absolvição por insuficiência de provas. Mesmo que o julgador não possa absolver sumariamente, é mais adequado optar pela impronúncia, quando perceber ser totalmente inviável uma condenação justa, no futuro”. (*in* Código de Processo Penal Comentado)

Aury Lopes Jr. vai mais longe e declara ser necessário a existência de um conjunto probatório mais robusto do que o mencionado pelo dispositivo legal acima transcrito:

“Assim, ainda que nossa posição seja (por enquanto) minoritária sob o ponto de vista de receptividade doutrinária e jurisprudencial, insistimos em que nesse momento decisório aplica-se a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Somente quando houver fortes elementos probatórios de autoria e materialidade (probabilidade e alto grau de convencimento), pode o juiz pronunciar. Havendo dúvida razoável, deverá impronunciar (ou absolver sumariamente ou desclassificar a infração, conforme o caso.)” (*in* Direito Processual Penal. Saraiva, 2014.)

Após essas breves considerações acerca da decisão de pronúncia, passemos ao tema seguinte.

3 A fundamentação na decisão de pronúncia

Tema que gera grande discussão nos tribunais pátrios diz respeito à fundamentação na decisão de pronúncia.

A decisão de pronúncia é tratada no art. 413 do CPP, que expressamente (ainda que de forma desnecessária, mas com o claro intuito de reforçar o dever de fundamentação) exige que o juiz sumariante motive sua decisão. Eis o art. 413 do CPP, *in verbis*:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

A lei processual penal exige que o magistrado explicita em sua decisão as razões que o conduziram a entender ser o caso de submissão do acusado a julgamento pelo tribunal popular do júri. Para cumprir seu dever, deve indicar a materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo ainda conter na decisão o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado, bem como a *especificação das qualificadoras* e causas de aumento de pena. Trata-se, assim, do dever de delimitação do conteúdo acusatório a ser apresentado em plenário.

Pois bem. Já foi debatido neste estudo acerca do teor da pronúncia no que tange à prova da materialidade e dos indícios suficientes de autoria ou de participação. Acrescente-se que, por não se tratar de juízo condenatório (mas meramente de admissibilidade), deve o juiz sumariante fundamentar o seu entendimento de forma sóbria e comedida, sob pena de ocorrer no vício conhecido como excesso de linguagem, gerador de nulidade da decisão.

Com efeito, não pode o magistrado singular extrapolar o caráter meramente delibatório da decisão de pronúncia, manifestando juízo de certeza quanto à autoria do crime em apuração. Tal excesso pode influenciar os jurados, posto que cópia da decisão de pronúncia é distribuída na sessão de julgamento. Assim fazendo, há

nítida antecipação do juízo de culpa, o que cabe aos jurados do Tribunal do Júri.

O vício do excesso de linguagem é causa de nulidade absoluta da decisão de pronúncia. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA PRONÚNCIA. NULIDADES. DIREITO AO SILÊNCIO INTERPRETADO EM DESFAVOR DO ACUSADO. EXCESSO DE LINGUAGEM CONFIGURADO. ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do meio processual adequado.

2. O silêncio do acusado foi nitidamente interpretado em seu desfavor pelo Tribunal de origem. Tal situação viola frontalmente o art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o art. 5º, LXIII, da Constituição da República, além de tratados internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, § 2º, g) e, por isso, é suficiente para inquirir de nulidade absoluta o acórdão impugnado.

3. A fundamentação do acórdão confirmatório da pronúncia extrapolou a demonstração da concorrência dos pressupostos legais exigidos, encerrando juízo de certeza quanto à responsabilidade do paciente, notadamente por afirmar que as provas são robustas e convergem para a culpabilidade do acusado, que ele praticou o delito com dolo homicida e que as qualificadoras do motivo fútil e do meio cruel são, respectivamente, “evidente” e “desmascarada”. Excesso de linguagem configurado. Ilegalidade manifesta.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 265.967/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)

Uma vez reconhecido o excesso de linguagem, deve o tribunal declarar a nulidade da decisão e

devolver os autos ao juiz singular para que uma nova decisão seja prolatada, em termos mais sóbrios e sem juízo de certeza quanto à autoria.

Outro vício comumente encontrado em decisões de pronúncia é a ausência/deficiência de fundamentação do juízo de admissibilidade das qualificadoras, que trataremos a seguir.

3.1 A fundamentação das qualificadoras na decisão de pronúncia.

Em matéria de julgamento o juiz é livre na formação de seu convencimento (sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional), devendo optar pela versão que lhe parecer mais plausível. No entanto, sempre deverá fundamentar as razões que o levaram a decidir da forma escolhida.

Ao decidir cabe ao juiz expor às partes as razões que o conduziram ao julgamento do caso de determinada forma, sendo isso uma das exigências do princípio do contraditório. Isso porque de nada adianta assegurar às partes o contraditório durante o processo se o mesmo não for observado no momento do julgamento. Assim, cada parte tem o direito de ver a sua versão analisada e ponderada pelo juiz, ainda que não haja o seu acolhimento.

Nesse ponto, precisa e valiosa é a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho:

“A apontada relação de instrumentalidade entre a *motivação* e as garantias processuais fica ainda mais compreensível quando se trata de examiná-la em face do *contraditório*.

Na significativa observação de Colesanti, a garantia da motivação representa a *última manifestação do contraditório*, pois o dever de enunciar os motivos do provimento traduz-se, para o juiz, na obrigação de levar em conta os resultados do contraditório e, ao mesmo tempo, demonstrar que o *iter* de formação do provimento desenvolveu-se à luz da participação dos interessados.

De fato, de nada serviria outorgar às

partes aquele amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades que convergem para a obtenção de um resultado favorável no final do processo se as atividades concretamente realizadas pudessem ser desprezadas pelo juiz no momento da decisão. A estrutura dialética do processo não se esgota com a mera participação dos interessados em contraditório, mas implica sobretudo a *relevância* dessa participação para o autor do provimento; seus resultados podem até ser desatendidos, mas jamais ignorados”. (*in* A Motivação das Decisões Penais, pág. 84. 2013) (destaques no original)

A fundamentação das decisões judiciais é princípio constitucional insculpido no artigo 93, IX, da Constituição Federal que dispõe:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Constata-se, então, que a Magna Carta estabelece o dever de fundamentação de todas as decisões judiciais, prevendo explicitamente a sanção de nulidade em caso de violação a tal dever. Uma das principais funções do dever de motivação é “a de assegurar que as decisões adotadas – tanto no final como no curso do *iter procedimental* – constituam o resultado de uma efetiva apreciação, pelo juiz, de todas as questões de fato e de direito suscitadas” (GOMES FILHO, pág. 81).

Verifica-se facilmente que a decisão de

pronúncia também deve ser fundamentada, pois a lei processual jamais poderia dizer o contrário (o princípio da motivação tem previsão constitucional). O Código de Processo Penal, ao tratar da decisão de pronúncia, reforçou o dever da devida fundamentação da pronúncia. Entretanto, tal decisão deve também respeitar a competência constitucional do tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não cabendo ao juiz sumariante julgar antecipadamente o mérito da causa. Deve o julgador se limitar ao exercício do juízo de admissibilidade da acusação.

Já foi discorrido acerca da fundamentação da pronúncia no que tange à materialidade e aos indícios de autoria, cabendo agora, no que interessa ao presente artigo, discutir a fundamentação das qualificadoras.

O art. 413, § 1º, do CPP, estabelece que o juiz, ao decidir pela pronúncia do acusado, declarará o dispositivo legal em que julgar incurso o réu e especificará as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena que entender cabíveis.

O texto legal mencionado ainda prevê o dever de especificação da qualificadora, isto é, deverá o juiz sumariante narrar o fato que, em tese, enseja a configuração da forma qualificada do crime.

Em outras palavras, o que se exige do magistrado neste momento é a realização de um expresse juízo de admissibilidade da qualificadora, ou seja, que verifique se as provas até então existentes autorizam afirmar ser possível que o denunciado tenha praticado o crime em uma das situações enumeradas no parágrafo 2º do art. 121 do Código Penal, ressaltando a necessidade de indicação expressa dessa circunstância fática. Podemos falar, então, em individualização da qualificadora.

Na lição de Gustavo Henrique Badaró, em sua obra *Correlação entre acusação e sentença* (2009, pág. 190):

“Especificar é mais que declarar. O dispositivo legal deve ser apenas indicado, isto é, mencionado ou apontado. Já as qualificadoras e as causas de aumento de pena precisam ser especificadas, isto é, não apenas declaradas ou indicadas pela simples menção ao artigo de lei, mas concretamente individualizadas. A pronúncia deverá expressar um juízo positivo que acolha a narrativa fática constante da denúncia quanto à qualificadora ou causa de aumento de pena”.

Continua:

“(…) a pronúncia é o ato processual limitador da acusação a ser formulada em plenário. Conseqüentemente, não poderá ser elaborado quesito sobre qualificadora ou causa de aumento de pena não prevista na pronúncia. E, mais do que meramente prevista, efetivamente especificada. Assim, não bastará, por exemplo, que a pronúncia mencione a qualificadora do “recurso que impossibilitou a defesa da vítima”. Deverá descrever, como, concretamente, a vítima teve sua defesa impossibilitada: v.g., porque o réu se escondeu atrás de uma árvore e atirou sem que a vítima o percebesse”.

Segue o doutrinador:

“A previsão de especificação das qualificadoras e causas de aumento de pena tem por objetivo preservar o contraditório, evitando que a defesa seja surpreendida em plenário com a inclusão de qualificadora ou causa de aumento de pena até então não imputada, ou que se pretenda quesitá-las com uma narrativa fática diversa daquela constante da pronúncia, o que violaria a regra da correlação entre a acusação e a sentença”.

Com relação ao dever de especificação, revela-se imprescindível que a pronúncia seja clara e precisa quanto à circunstância fática, uma vez que, caso o órgão acusatório sustente¹ em plenário a presença da qualificadora, a sua quesitação deverá

1 - Filiamo-nos ao entendimento da impossibilidade de quesitação da qualificadora caso não haja sustentação pela acusação em sede de debates, interpretação que se extrai do art. 482, parágrafo único, do CPP.

ser realizada nos moldes em que reconhecida e especificada na pronúncia. Não se admite que a qualificadora seja quesitada de forma diversa daquela admitida na pronúncia, pois deve haver correlação entre a quesitação e a decisão de pronúncia.

Os tribunais pátrios adotam o entendimento de que, uma vez reconhecida a ausência de motivação da qualificadora, deve ser reconhecida a nulidade da pronúncia, com a remessa dos autos ao juiz singular para a prolação de uma nova decisão. Embasam o entendimento da nulidade da decisão na previsão constitucional da sanção de nulidade em caso de não fundamentação das decisões judiciais. É volumosa a jurisprudência nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO ÀS QUALIFICADORAS. NULIDADE. OCORRÊNCIA.

1. Ressalvada pessoal compreensão pessoal diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Como não houve, na decisão de pronúncia, especificação quanto as qualificadoras referente ao motivo torpe e ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima, de modo a suprir o comando normativo e constitucional que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, necessário é o reconhecimento da nulidade da decisão.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a decisão de pronúncia para que outra seja proferida

com a devida fundamentação no tocante às circunstâncias qualificadoras narradas na denúncia. (HC 308.858/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. (...) DECISÃO DE PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. QUALIFICADORAS DO CRIME DE HOMICÍDIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. EIVA CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Conquanto o § 1º do artigo 413 do Código de Processo Penal preveja que “a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”, não há dúvidas de que a decisão que submete o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri deve ser motivada, inclusive no que se refere às qualificadoras do homicídio, notadamente diante do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que impõe a fundamentação de todas as decisões judiciais.

2. Na hipótese dos autos, infere-se que o magistrado singular se reportou ao conjunto probatório produzido nos autos para atestar a existência de prova da materialidade e de indícios suficientes da autoria delitiva para concluir pela pronúncia do paciente, consignando, inclusive, que a negativa de autoria sustentada por ocasião do interrogatório se encontraria dissociada das demais provas produzidas, o que afasta a alegada ausência de fundamentação no ponto.

3. Entretanto, com relação às qualificadoras, o magistrado registrou apenas que a defesa não teria produzido prova que as ilidissem, inexistindo no julgado qualquer referência aos elementos probatórios que revelariam que o crime teria sido praticado mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, não se mostrando atendido, portanto, o comando contido no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, a revelar, nesta parte, o constrangimento ilegal apontado na impetração.

4. Com a anulação da decisão provisional, imperioso o reconhecimento do excesso de prazo na custódia do paciente.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a decisão de pronúncia apenas na parte referente às qualificadoras do motivo torpe e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, determinando-se que Juízo de Direito da Primeira Vara da Comarca de Abreu e Lima/PE proceda à fundamentação acerca da procedência ou não de tais circunstâncias narradas na denúncia, expedindo-se alvará de soltura em favor do paciente, salvo se por outro motivo não estiver preso. (HC 287.807/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 18/6/2014), com destaques.

Frisamos: a pronúncia deve ser sóbria na apreciação das provas, mas deve haver uma fundamentação mínima para o reconhecimento das qualificadoras, sob pena de se desprezar o princípio constitucional que recomenda a motivação das decisões judiciais.

Nesse sentido, é exemplar o julgado abaixo colacionado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. PROVIMENTO.

1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República,

é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. A motivação da pronúncia é condição de sua validade e, não, vício que lhe suprima a eficácia, limitando-a, contudo, em intensão e extensão, a sua natureza específica de juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri. É que, versando sobre o mesmo fato-crime e sobre o mesmo homem-autor, nos processos do júri, o *judicium accusationis* tem por objeto a admissibilidade da acusação perante o Tribunal Popular e o *judicium causae* o julgamento dessa acusação por esse Tribunal Popular, do que resulta caracterizar o excesso judicial na pronúncia, usurpação da competência do Tribunal do Júri, a quem compete, constitucionalmente, julgar os crimes dolosos contra a vida (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”).

4. A observância, portanto, dos limites da pronúncia pelo magistrado, enquanto juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri, é elemento da condição de validade da pronúncia que se substancia na sua motivação.

5. A crueldade de que trata o artigo 121, parágrafo 2º, inciso III, do Código Penal está, desenganadamente, situada na natureza do meio utilizado pelo agente para a prática delituosa e, não, à forma como se perfaz o ilícito. Ademais, tal dispositivo, após citar hipóteses casuísticas tais como emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia e tortura, exige, alternativamente, para que incida,

mediante fórmula genérica, que o agente se utilize de qualquer “outro meio (...) cruel”, reclamando, assim, potencialidade de causação de padecimento análogo aos das hipóteses expressamente elencadas. Trata-se, pois, de hipótese de interpretação analógica ou *intra legem*.

6. A atestação da qualificadora do emprego de recurso que impossibilitou a defesa da ofendida, desprovida de qualquer suporte fático, evidencia a nulidade, nesse tanto, da decisão judicial. Aliás, à luz do princípio da congruência, não pode ser reconhecida se sequer está descrita na denúncia.

7. Recurso conhecido e provido para afastar as qualificadoras do artigo 121, parágrafo 2º, incisos III e IV, do Código Penal. (REsp 210085/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 267)

Conforme asseverado, é entendimento dominante que a pronúncia com ausência/deficiência de fundamentação quanto à qualificadora deve ser anulada para que outra seja proferida em seu lugar, no entanto, não nos parece ser o melhor entendimento para o caso.

3.2 Consequências do reconhecimento da nulidade da pronúncia em razão da ausência/deficiência de fundamentação das qualificadoras. Possibilidade de reforma da pronúncia com a exclusão da qualificadora.

No tópico anterior, tratamos acerca da ausência de fundamentação da qualificadora na pronúncia, vício que afronta o dever constitucional de motivação das decisões judiciais.

Foi destacado o entendimento majoritário de que, uma vez reconhecido o vício, deverá o tribunal declarar a nulidade da decisão, com a consequente remessa dos autos ao juízo *a quo* para que prolate nova pronúncia, observando o dever constitucional de motivação de todas as decisões judiciais, que também abrange o juízo de admissibilidade da qualificadora.

Apesar de ser esse o pensamento

dominante, entendemos que esse entendimento viola alguns princípios constitucionais, bem como não prestigia o direito à liberdade.

Sustentamos que o reconhecimento pelo tribunal do vício da ausência de fundamentação da qualificadora, em caso de recurso exclusivo da defesa, deve conduzir à reforma do *decisum* impugnado para que haja a exclusão da qualificadora, mantendo-se a pronúncia apenas pelo crime em sua forma simples. Ou seja, não há que se falar em declaração de nulidade da pronúncia, mas sim em reforma da decisão do juiz de primeiro grau.

Isso porque, adotando o entendimento majoritário, haverá remessa dos autos ao juízo singular para que prolate nova decisão de pronúncia, concedendo-se uma terceira oportunidade (a primeira ocorre no momento da prolação da pronúncia, enquanto a segunda ocorre ao despachar o recurso em sentido estrito, quando será facultado o juízo de retratação) para que fundamente adequadamente a qualificadora reconhecida. O processo deve avançar, seguir em frente.

Ora, se a acusação não recorre e a defesa interpõe recurso impugnando a decisão no ponto em discussão, tem-se que caberá ao tribunal analisar a irresignação defensiva de modo a proferir um julgamento de modo a observar as garantias do acusado.

Nesse tipo de situação, poderá o tribunal julgador valer-se da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que no art. 249, § 2º, permite ao julgador decidir o mérito a favor daquele a quem aproveite o reconhecimento da nulidade. Eis o art. 249 do CPC:

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Não se duvida da possibilidade de aplicação do art. 249, § 2º, do CPC ao processo penal. O Supremo Tribunal Federal, a principal corte deste país, já decidiu nesse sentido. Vejamos:

RECURSO DA ACUSAÇÃO - DEFENSOR DATIVO - AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES. Uma vez verificado o silêncio do defensor dativo, deixando de apresentar contrarrazões, impõe-se designar outro profissional da advocacia ou intimar a Defensoria Pública para afastar a omissão, sob pena de nulidade. RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO - PREMISSAS FÁTICAS. No julgamento do recurso especial, defeso é substituir as premissas fáticas constantes do acórdão impugnado. PROCESSO-CRIME - NULIDADE - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 249 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Em se tratando de nulidade, cabe observar subsidiariamente o Código de Processo Civil. Podendo o órgão julgador decidir a matéria de fundo a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deve fazê-lo deixando de implementar esta última. (HC 98664, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-03 PP-00744 RF v. 106, n. 409, 2010, p. 477-483)

Nesse sentido, valiosa é a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho:

“Resta ainda observar que, mesmo quando verificado um defeito de motivação que possa levar ao reconhecimento da nulidade em favor da defesa, o juiz ou o tribunal não devem *necessariamente* anular a decisão contaminada pelo vício. É possível também, e desde que seja o caso, decidir no mérito em benefício do réu, *reformando* o provimento

in melius, a teor do que determina de modo expresso o art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, aplicável por analogia ao processo penal: ‘Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta’.

Nesta última situação poder-se-ia argumentar, e até com certa dose de razão, que continuam afetados os objetivos políticos da motivação. Mas parece evidente que na lógica do sistema de garantias os valores de liberdade e segurança jurídica devem prevalecer”. (*in* A Motivação das Decisões Penais, pág. 168. 2013)

No caso julgado pelo STF, a regra do art. 249, § 2º, do CPC, foi aplicada para a absolvição do acusado. Ora, se é possível a absolvição, com maior razão ainda será possível o afastamento da qualificadora da decisão de pronúncia.

Convém lembrar que o CPC-2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), em seu art. 4º, traz o que a doutrina batizou de princípio da primazia da resolução do mérito:

“Art. 4º-As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Mérito, para fins de pronúncia, pode ser considerado a constatação da prova da materialidade e dos indícios suficientes de autoria ou de participação. Convencido da presença desses requisitos, o juiz proferirá a decisão de pronúncia. A pronúncia da qualificadora também exige indícios suficientes de sua configuração, devendo o juiz sumariante fundamentar a sua decisão nesse ponto. Quando não o faz, temos uma motivação não completa e, portanto, inválida.

O acusado é sujeito de direitos. Ele se encontra em uma posição incômoda, sendo-lhe assegurado constitucionalmente o direito

à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Declarar a nulidade da decisão de pronúncia por defeito não atribuível à defesa e remeter os autos ao juiz singular retardaria a solução do processo, violando o direito de ser julgado em prazo razoável, e prolongaria o estado de angústia daquele que está submetido à persecução penal por fato somente atribuível àquele que tem a responsabilidade pela diligente condução do processo.

Calha frisar que a declaração de invalidade da pronúncia beneficiaria, em tese, o acusado, autor do recurso de impugnação da decisão de pronúncia. Ocorre que, aplicando a regra do art. 249, § 2º, do CPC (plenamente possível no processo penal, conforme já admitido pelo STF), o tribunal resta autorizado a afastar o defeito da decisão, evitando a declaração de nulidade, se aproveitar o ato sem causar prejuízo ao acusado, que se beneficiaria com a declaração de nulidade. E isso se torna viável através da reforma da decisão de pronúncia para apenas proceder à exclusão da qualificadora não fundamentada (ou fundamentada indevidamente).

Frise-se que não haverá qualquer prejuízo ao réu, posto que, com a reforma da pronúncia, gozará de uma situação jurídica mais favorável. Com efeito, não pesará mais sobre ele a acusação da prática de um crime de homicídio qualificado (crime hediondo), mas sim de um crime de homicídio simples (crime comum). Isso implica reflexos no tempo de cumprimento de pena em caso de condenação.

Também não há que se falar em prejuízo para a acusação: esta teve a oportunidade de interpor recurso e, ao optar por não impugnar a pronúncia, assentiu com o teor da mesma, precluindo o seu direito de arguir a nulidade. Devemos lembrar que o Ministério Público, além de órgão acusatório, também atua como *custos legis*. Assim, constatando que a pronúncia se encontra viciada, tem o dever de impugná-la para que seja sanado o defeito. Não o fazendo, será “cúmplice” da nulidade, pois estará dando causa à manutenção da nulidade.

Cabe destacar que, ao concorrer para a nulidade, não poderá o Ministério Público argui-

la em seu favor, em conformidade com o que dispõe o art. 565 do CPP: “Art. 565. Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.

Quanto ao afirmado em relação ao *parquet*, também devemos lembrar que nosso sistema processual penal, em determinados momentos, não permite que a acusação se insurja contra uma determinada situação, por mais absurda que seja. Citamos, como exemplo, a impossibilidade de ajuizamento de revisão criminal pelo Ministério Público em prejuízo daquele que foi absolvido de forma injusta.

No processo penal, o que está em jogo é a liberdade do acusado. Num sistema garantista, as regras processuais não de ser respeitadas por todos os envolvidos no processo, com observância das garantias processuais do acusado.

Permitir que a pronúncia seja anulada (entendimento dominante) viola também o princípio da segurança jurídica: o acusado tem a justa expectativa de que o processo se desenvolverá em obediências aos preceitos constitucionais e legais, com conclusão em prazo razoável. A existência de um vício processual, não acarretado pelo acusado ou por sua defesa técnica, pode ser afastado, desde que daí não haja prejuízo para o processado e seja possível a prolação de decisão que lhe beneficie.

Nem se fale em violação à previsão constitucional da sanção de nulidade em razão da ausência de fundamentação da decisão de pronúncia. Essa norma constitucional deve ser interpretada em conjunto com as outras normas constitucionais envolvidas no caso (princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica). Realizando juízo de ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos, deve prevalecer aquele que mais prestigie a liberdade do acusado (direito fundamental em jogo), permitindo, assim, que o processo avance sem a declaração de nulidade, com o afastamento

da qualificadora não fundamentada (ou com fundamentação não idônea).

A colisão entre princípios demanda que um ceda em relação ao outro. A solução é encontrada através do peso atribuído a cada um dos princípios envolvidos, considerando as peculiaridades do caso concreto. É o que se extrai da lição de Robert Alexy:

“Há alguns passos a serem seguidos para se fazer a ponderação. É por isso que consideramos a teoria de Alexy como procedimental: (i) primeiro se investigam e identificam os princípios (valores, direitos, interesses) em conflito, e quanto mais elementos forem trazidos mais correto poderá ser o resultado final da ponderação; (ii) segundo, atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e (iii) por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros).

O resultado da ponderação é a decisão em si, a solução corretamente argumentada conforme o critério de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância

do cumprimento do princípio que prevalece (SANTIAGO, 2000, p. 49).

Devemos sempre lembrar, antes de iniciar qualquer ponderação, que nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro. Mas pode ser formulada uma regra de procedência geral ou básica quando se determina em quais circunstâncias especiais um princípio deve ceder ao outro; é uma cláusula *ceteris paribus* que permite estabelecer exceções” (AMORIM, Leticia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy Esboço e críticas*)

Conforme dito, o valor liberdade está em jogo. É este valor que atribui um maior peso no momento da ponderação aos princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica em detrimento do princípio da motivação das decisões judiciais. A doutrina chega a falar em uma supremacia do direito fundamental da liberdade.

Declarar a nulidade da decisão de pronúncia não prestigia a liberdade do acusado e prolonga um estado de angústia natural naqueles que respondem a um processo criminal, ainda mais quando o objetivo é a apuração da imputação da prática de crime doloso contra a vida.

Não bastasse o acima discorrido, existe outro fundamento para entender pela possibilidade de reforma da pronúncia para que dela seja extirpada a qualificadora.

Trata-se da aplicação analógica de entendimento dos tribunais superiores que, ao se depararem com casos de elevação da pena sem apresentação de justificativa idônea, não promovem a declaração de nulidade da sentença, mas reformam o *decisum* excluindo o valor do aumento.

Tal entendimento é adotado no âmbito do STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. TRÁFICO. DOSIMETRIA. CAUSA REDUTORA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

ILEGALIDADE. ALTERAÇÃO PARA 2/3 (DOIS TERÇOS). 2. REGIME FECHADO APLICADO COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA.

POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DA PENA. REPRIMENDA REDUZIDA. REQUISITO OBJETIVO PREENCHIDO. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA REDIMENSIONAR A PENA E ALTERAR O REGIME.

1. O Magistrado a quo não motivou de forma adequada a escolha da fração redutora da pena e o Tribunal de origem, ao mantê-la, em recurso exclusivo da defesa, igualmente não apresentou argumentação válida, haja vista ter, em verdade, se manifestado no sentido da própria inviabilidade da redutora. Nesse contexto, mostra-se ilegal a aplicação da causa de diminuição da pena em patamar diverso do máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto ausente motivação concreta que o justifique.

2. O Magistrado sentenciante apontou norma que nem ao menos se refere ao regime de cumprimento da pena, para justificar a aplicação do regime fechado. Redimensionada a pena para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e considerando a existência de circunstâncias judiciais negativas, no caso a quantidade e qualidade da droga (50 quilos de cocaína), altera-se o regime para o intermediário, conforme orienta o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não a recomendam. De fato, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, trata-se de tráfico de quantidade significativa de droga com alto poder viciante (50 quilos de cocaína).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para elevar a fração redutora da pena para 2/3 (dois terços) e alterar o regime de cumprimento, ficando a pena redimensionada para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime semiaberto. (HC 313.787/SP, Rel.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA APLICAÇÃO DE FRAÇÃO DIVERSA DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CABIMENTO, EM TESE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. É pacífico, no âmbito desta Corte de Justiça, o entendimento de que é legítima a exasperação da pena com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 3. O condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quais sejam, ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto. 4. Esta Corte de Justiça tem entendido que, ausente qualquer justificativa, a minorante pelo reconhecimento do tráfico privilegiado deve ser aplicada em seu patamar máximo. In casu, o magistrado entendeu pela incidência do redutor do art. 33, § 4º, da

Lei de Drogas. Entretanto, optou pela menor redução (1/6) sem justificar a escolha de tal patamar, situação mantida pela Corte de origem. 5. Afastado o óbice da parte final do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos), deve o Juízo da Vara de Execuções Criminais verificar se estão preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal e, em caso afirmativo, levar a efeito a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, definindo quais serão aplicadas no caso concreto. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a minorante do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 e determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais verifique o preenchimento dos requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. (HC 283.935/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 2004/2015).

Ora, dos julgados acima colacionados, que refletem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é possível extrair a seguinte regra: em caso de vício na fundamentação da dosimetria, é possível a reforma da sentença penal condenatória a fim de afastar o aumento da pena.

A aplicação analógica das razões jurídicas que fundamentaram os precedentes do Superior Tribunal de Justiça permite sustentar que em caso de vício na fundamentação do juízo de admissibilidade da qualificadora, é possível a reforma da pronúncia para que dela seja excluída a qualificadora.

Indagamos: por que a diferença de tratamento no caso da decisão de pronúncia? A competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida impede que o tribunal decote a qualificadora da pronúncia?

Inexiste qualquer motivo que justifique a diferença de tratamento entre as situações acima apresentadas, motivo pelo qual se deve proceder à aplicação analógica das razões jurídicas utilizadas

para permitir a reforma da sentença condenatória na qual o aumento da pena não é devidamente fundamentado. A exclusão da qualificadora, na forma aqui sustentada, não viola a competência constitucional do júri de modo algum. O tribunal, ao reformar a pronúncia para excluir a qualificadora, não invade a competência do órgão popular, pois não se manifesta acerca dos fatos imputados ao acusado. O julgamento é sobre matéria de direito, não havendo qualquer análise do acervo probatório, mas apenas da decisão de pronúncia.

Diante de tais considerações, posicionamo-nos no sentido de ser revisto o entendimento dominante para que, em caso de recurso exclusivo da defesa, seja admitida a reforma da decisão de pronúncia a fim de excluir a qualificadora que não for devidamente fundamentada pelo juiz singular.

Afirma-se, portanto, que o reconhecimento pelo tribunal do vício da ausência/deficiência de fundamentação da qualificadora na decisão de pronúncia deve conduzir à reforma da decisão para que dela seja excluída a qualificadora, com base na aplicação subsidiária do art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CF/88 prevê o princípio da fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade. Uma das funções desse princípio é assegurar o respeito ao princípio do contraditório, que deve ser observado tanto durante a fase processual quanto na fase de decisão.

A decisão de pronúncia, que determina a submissão do acusado a julgamento pelo tribunal popular do júri, também está abrangida pelo dever de fundamentação. O art. 413 do Código de Processo Penal traz os requisitos mínimos (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação) para que haja a pronúncia. Caso haja qualificadora ou causa de aumento de pena, deverão ser especificadas.

A ausência de fundamentação acerca da admissibilidade da qualificadora enseja o

reconhecimento da nulidade da decisão e remessa dos autos ao juiz sumariante para que profira nova pronúncia, entendimento este majoritário na doutrina e tribunais pátrios.

Entretanto, sustentamos que esse não é o melhor caminho a ser tomado, pois revela-se mais justo que o tribunal promova a reforma da pronúncia para que dela seja excluída a qualificadora, com a submissão do acusado a julgamento pela forma simplificado do crime de homicídio, com base em aplicação subsidiária do art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil.

Esse posicionamento é o que mais valoriza os direitos fundamentais à liberdade, à razoável duração do processo e o princípio da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Leticia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy Esboço e críticas*, in Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005, pp. 126-127. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no HC 98664, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-03 PP-00744 RF v. 106, n. 409, 2010, p. 477-483. Consulta realizada em 12 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no AgRg no AREsp 528.626/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015. Consulta realizada em 12 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no HC 265.967/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015. Consulta realizada

em 12 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no HC 308.858/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015. Consulta realizada em 12 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no HC 287.807/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 18/6/2014. Consulta realizada em 12 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp 210085/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 267. Consulta realizada em 12 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no HC 313.787/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015. Consulta realizada em 12 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no HC 283.935/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 20/04/2015. Consulta realizada em 12 de novembro de 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.



**A PALAVRA DOS MORTOS”: PRESOS PROVISÓRIOS
POR TRÁFICO EM PEDRINHAS E O DISCURSO
PUNITIVO DO JUDICIÁRIO MARANHENSE.**

Isabella Miranda da Silva

Defensora Pública do Estado do Maranhão

*A expressão é de Eugênio Raul Zaffaroni e dá título ao livro “A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar”, lançado no Brasil em 2012. No título deste artigo faz alusão às mortes ocorridas no complexo penitenciário de Pedrinhas, em São Luís, Maranhão.

No Brasil, a expansão do sistema penal efficientista (através do discurso de que “a prisão funciona”¹) conduz ao brutal aumento das taxas de encarceramento. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o número de pessoas privadas de liberdade aumentou 575% de 1990 a 2014 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Além do superencarceramento, vivenciamos também uma alta letalidade. “É bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas –, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa” (ZAFFARONI, 1991).

Em dezembro de 2013, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) emitiu medida cautelar contra o Estado brasileiro, a partir da ocorrência de quarenta mortes violentas ao longo daquele ano no complexo penitenciário de Pedrinhas², em São Luís/MA. Ante a continuidade das mortes durante a vigência da medida, a CIDH requereu à Corte Interamericana de Direitos Humanos (e esta acatou) medida provisória³, determinando ao Brasil solucionar os altos índices de encarceramento em Pedrinhas.

Nesse contexto, marcado pela morte em massa, é bastante inquietante a forma como o sistema de justiça do Maranhão tende a ignorar a possibilidade de liberdade provisória (permitida pelo Supremo Tribunal Federal desde 2012) para o crime de tráfico de drogas. Isso acaba contribuindo para o número excessivo de presos provisórios e para a crise penitenciária ocorrida em Pedrinhas.

Se nossos sistemas penais operam a partir de uma realidade genocida, é necessário *ouvir as palavras dos mortos*, isto é, “(...) averiguar se os cadáveres são tais porque as palavras contribuíram

1 Nesse mesmo sentido, Garland escreve sobre o discurso punitivo inglês. (GARLAND, 2008)

2 O complexo penitenciário de Pedrinhas é o maior do estado do Maranhão, constituído por 7 unidades prisionais, abrangendo presos provisórios e sentenciados.

3 Sobre as medidas cautelares e provisórias na CIDH: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cfm?lang=es> Acesso em: 25 jul. 2015.

para condicionar (ou para não evitar) as condutas que os converteram em cadáveres, posto que é assim que as palavras matam, é assim que a linguagem mortífera opera, ou seja, legitimando, mostrando ou ocultando, descobrindo ou encobrindo” (ZAFFARONI, 2012).

A crise no sistema penitenciário maranhense teve repercussão internacional a partir das notícias de decapitação e mortes de presos, dentre outras graves violações a direitos humanos. Não obstante, as origens do problema⁴ remetem à falta de políticas públicas adequadas e à negligência do Estado em relação à população penitenciária.

A desídia com os encarcerados condiz ao tratamento dado pelo Estado às parcelas mais pobres da população. Se o Estado viola constantemente os direitos sociais e deixa ao desamparo os mais pobres, não poderia ser diferente no âmbito do sistema prisional⁵, que seleciona majoritariamente pobres (SABADELL, 2009). Não por acaso, Pedrinhas se situa no estado do Maranhão, que ostenta um dos piores índices de desenvolvimento humano (IDH) entre os estados da federação⁶.

Wacquant estudou o processo de crescimento das taxas de encarceramento nos Estados Unidos e Europa a partir da sedimentação do ideário neoliberal, desvelando como a redução do Estado em diversos campos, sobretudo no social, gera a ausência de um Estado providência e incremento de um Estado penal (WACQUANT, 2003).

Este incremento do Estado penal (sobretudo no que o autor entende como o principal componente da política de “contenção repressiva dos pobres”, que é o recurso maciço

4 A conclusão é feita pelo então juiz da Vara de Execução Penal de São Luís, em entrevista publicada no sítio do CNJ. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60960-governadora-do-ma-garante-ao-cnj-construir-11-unidades-prisionais>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

5 A conclusão é feita pelo então juiz da Vara de Execução Penal de São Luís, em entrevista publicada no sítio do CNJ. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60960-governadora-do-ma-garante-ao-cnj-construir-11-unidades-prisionais>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

6 O IDH é uma medida comparativa usada para classificar, países ou regiões, de acordo com seu desenvolvimento, com base em três componentes: expectativa de vida, educação e Produto Interno Bruto per capita. Disponível em <<http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

e sistemático ao encarceramento) também se revela através do instrumental processual penal: seja na relativização de garantias fundamentais aos acusados, seja na grande quantidade de presos provisórios.

Uma das principais características do poder punitivo latino-americano é a cautelaridade no aprisionamento, já que cerca de três quartos dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são processados não condenados (ZAFFARONI, 2007).

Se no Brasil as taxas de presos processuais são alarmantes⁷ – a taxa nacional é de 41%, sendo o quinto país em número absoluto de presos provisórios –, no Maranhão é ainda pior: o Estado é o segundo em número percentual de presos sem condenação, atingindo o patamar de 66% de sua população carcerária.

Um dos fatores centrais para o crescimento da população prisional brasileira nos últimos anos é o aumento de presos por tráfico de drogas (BOITEUX e PÁDUA, 2013). Nesse sentido, é relevante destacar que o tráfico, enquanto tipo penal, é aquele que atualmente mais criminaliza: conforme relatório nacional do DEPEN⁸, do universo de 245.821 crimes pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento, 55.920 correspondem ao tráfico, ou seja, cerca de 27% (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Desde 2005 o tráfico demonstra registros superiores aos demais delitos. De 2005 a 2012 o número de presos por tráfico mais do que triplicou no Brasil, verificando-se um aumento de 320,31% (BOITEUX e PÁDUA, 2013).

As origens do aumento do número de presos por tráfico remontam à sua equiparação a crime hediondo. A Lei 8.072/1990 limitava a concessão de certos benefícios àquelas espécies de crimes, bem como proibia a liberdade provisória

para o tráfico em seu art. 2º, II (LEMGRUBER e FERNANDES, 2011).

À época iniciou-se discussão acerca da (in)constitucionalidade da vedação à liberdade provisória decorrente da lei. O debate se estenderia por vários anos, envolvendo uma série de alterações jurisprudenciais e legislativas relacionadas a diversos tipos penais. Ponto importante de destaque é a edição da Lei 11.343, no ano de 2006, que revogou a Lei 6.368/1976. Em seu art. 44, a nova Lei de Drogas passou a vedar, dentre outros benefícios, a liberdade provisória para tipos penais dos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37, dentre eles o tráfico.

Por sua vez, a Lei 11.464/2007 alterou a redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/1990, e, ao retirar a vedação à liberdade provisória daquele dispositivo, positivou o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do cabimento de liberdade provisória a alguns crimes elencados no Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003).

A respeito das alterações legislativas de 2006 e 2007, havia dois posicionamentos no STF: um que entendia não ser cabível a liberdade provisória em casos de prisão em flagrante por tráfico, por se tratar de legislação especial e posterior àquela⁹. Em outros julgados¹⁰, porém, os ministros passaram a rever aquele posicionamento, reconhecendo a inconstitucionalidade da vedação, por ser incompatível com a presunção de inocência, configurando-se verdadeira antecipação de pena.

Relevante para a discussão sobre liberdade provisória foi a promulgação da Lei 12.403/2011, que alterou artigos do Código de Processo Penal (CPP) relativos às medidas cautelares. O art. 319 do CPP passou a prever nove medidas cautelares diversas da prisão¹¹. Assim, a medida prisional

9 Por exemplo: HC 95.539/CE (julgado em 2008) e HC 100.831/MG (julgado em 2009).

10 Por exemplo: Medida Cautelar em HC 96.715-9/SP, HC 97.976/MG e HC 100.745/SC.

11 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com

7 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

8 Dados nacionais do Infopen, referentes a todo o país (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

deveria ser utilizada como exceção, apenas quando não fosse cabível sua substituição por cautelar menos gravosa¹². Além disso, a nova lei positivou o princípio da homogeneidade das cautelares, segundo o qual não é razoável a imposição de prisão acautelatória no curso do processo criminal se, ao final, a pena aplicada não autorizar a privação da liberdade.

Nesse contexto, em maio de 2012, o Plenário do STF, ao julgar o Habeas Corpus nº 104.339/SP, declarou inconstitucional (ainda que de forma não vinculante, pois em sede de controle difuso e incidental¹³, mas como parâmetro interpretativo) a expressão “liberdade provisória” contida no art. 44 da Lei 11.343/2006. Assim, caberia ao juiz, no caso concreto, verificar se estão presentes os requisitos e pressupostos das medidas cautelares previstos no CPP, analisando a possibilidade de o acusado responder ao processo em liberdade.

O grande questionamento que fica é o seguinte: se, desde 2012, o entendimento do STF é quanto à possibilidade de liberdade provisória no tráfico de drogas, porque se verifica um aumento crescente no encarceramento de acusados de tráfico e um grande percentual de presos provisórios no Maranhão (66%)? Tal questionamento é ainda mais intrigante quando pensado a partir do contexto das mortes violentas ocorridas em Pedrinhas de 2013 a 2014, geradas pela crise estrutural do sistema penitenciário maranhense e pelo alto número de encarcerados.

pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

12 Art. 282. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

13 O controle incidental de constitucionalidade se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos. Ocorre quando uma das partes questiona à Justiça sobre a constitucionalidade de uma norma, prejudicando a própria análise do mérito, quando aceita tal tese.

Observando o cotidiano do trabalho na defesa criminal de vulneráveis desempenhado na Defensoria Pública do Estado do Maranhão – responsável por grande parte dos processos, já que tem seus serviços oferecidos para aqueles que não possuem condição financeira de pagar advogado –, verifica-se que a maioria dos encarceramentos por tráfico de drogas são oriundos de prisões em flagrante. Dos casos de prisão flagrancial, quando não é concedida liberdade provisória pelo juízo de primeiro grau (ou quando, convertida em prisão preventiva, esta não é revogada), nota-se que o Tribunal de Justiça tende a manter a prisão, mesmo nos casos de acusados primários, com bons antecedentes, contrariando, assim, o posicionamento do STF.

Na prática diária da defesa criminal, verifica-se que as decisões que não concedem liberdade provisória no tráfico estão impregnadas de conteúdo não jurídico, voltado ao senso comum, desvelando as metanormas¹⁴, que acabam por direcionar a atuação das agências judiciais. Assim, se percebe como o processo de criminalização secundária, ou seja, a incidência das instituições penais na captura do indivíduo selecionado, traz em si signos interpretativos que extrapolam os limites legais e se baseiam em discursos de emergência, minimizadores de garantias fundamentais a determinadas pessoas, através de um processo de naturalização da exceção, convertendo o processo penal em instrumento (e não freio) aos aparatos da segurança pública.

A atuação dos membros do Judiciário indica a existência de um código social (*second code, basic rules*) constituído de regras não oficiais (metarregras), que determinariam efetivamente a aplicação da lei penal e processual penal pelos agentes que exercem o controle penal. “Na legitimação de uma instituição, a linguagem tem papel fundamental, pois é ela que cria uma lógica e uma explicação, imprimindo-as então à instituição e nós, pelo processo de

14 O termo metanormas é utilizado por Sack, que desloca a análise dessas regras do plano metodológico jurídico para o sociológico. (BARATTA, 2002).

reificação, acreditamos que essa legitimação provém da organização institucional mesma” (MATHOZINHOS, 2003).

Grande parte das decisões judiciais que não concedem a liberdade provisória em processos onde se apura a prática de tráfico de drogas acabam por desvelar uma lógica de contenção de inimigos, através de um discurso neutralizador do outro. O discurso de “guerra às drogas” legitima o combate ao “inimigo que aterroriza a sociedade”¹⁵.

Esse discurso neutralizador, que é percebido em decisões judiciais, também é encontrado em praticamente todas as outras agências do sistema penal: seja nas agências executivas policiais, seja nas legislativas, ou mesmo nas agências de comunicação – aquelas que Zaffaroni chama de “aparelhos de propaganda dos sistemas penais latino-americanos” ou “fábricas de realidade” (ZAFFARONI, 1991).

Assim, o processo de criação desse inimigo social se dá de forma difusa e se inicia muito antes de o processo judicial efetivamente

¹⁵ Colacionamos alguns dos recorrentes exemplos, extraídos de decisões judiciais no âmbito do judiciário maranhense: “*Ademais, o tráfico de drogas é apontado com um dos principais fatores do crescimento assustador da violência em nossa sociedade, sendo que sua prática põe em risco a ordem pública. No tocante ao fato do requerente ser primário, possuir residência e ocupação lícita são circunstâncias que não permitem, por si só, o deferimento da medida, se outros elementos estão a indicar a necessidade da prisão, como a garantia da ordem pública e da instrução criminal*”. “*Contudo, as consequências do crime, quer no plano material, quer no plano social, são danosas porquanto disseminam o vício das drogas entre os jovens, desintegrando seu caráter e lançando-os na marginalidade (...)*” “*(...) nos leva a crer que uma vez solto, poderá voltar a praticar crimes, pondo em risco a paz social e consequentemente a ordem pública. Nesta situação, a prisão cautelar do conduzido é medida que se impõe, para estancar a reiteração de atividade delituosa, evitando-se a reprodução de crimes desta natureza, de modo a acautelar o meio social. Visa, portanto, evitar que o atuado pratique novos crimes, quer porque seja acertadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Assim, não se vislumbra a possibilidade, neste momento, de soltura do conduzido para responder ao processo em liberdade, ante a necessidade de manutenção da prisão cautelar.*”

se iniciar. O traficante de drogas selecionado pela polícia normalmente corresponde ao estereótipo social criado pelas agências de comunicação.

Campanhas maciças de pânico social, com forte carga ideológica e emocional, disseminadas pela mídia e acolhidas pelo imaginário social legitimam a atuação das outras agências do sistema penal.

Verifica-se, portanto, como o processo criminalizante se materializa no próprio âmbito social. A operacionalidade das agências do sistema penal é exercida a partir de suas funções latentes (não declaradas): a contenção da pobreza atualmente se dá, sobretudo, através do discurso de “guerra contra as drogas”. A não concessão de liberdade provisória quando o Supremo Tribunal brasileiro reconhece a sua possibilidade só amplia os efeitos letais dessa guerra, na medida em que torna a prisão a regra, quando deveria ser a exceção. No Maranhão, esse entendimento vai também de encontro ao que foi determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil, no sentido de solucionar os altos índices de encarceramento em Pedrinhas.

“O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social aprofundando seu caráter violador de direitos. O número de mortos na ‘guerra do tráfico’ é cada dia maior. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é convertida em suposto traficante” (BATISTA, 2014).

O que se verifica quando não há efetividade na garantia da liberdade provisória para o crime de tráfico, ainda que permitida pelo STF desde 2012, é que a “cruzada contra as drogas” não opera sua letalidade apenas fora do cárcere, mas também dentro dele.

As cadeias, chamadas por Zaffaroni de “máquinas de deteriorar”, ao operarem a regressão¹⁶ sobre o indivíduo aprisionado, reforçam sua vulnerabilidade. O indivíduo já vulnerabilizado pela

¹⁶ “Uma vez encarcerado, é levado a condições de vida que nada tem a ver com as de um adulto: é privado de tudo que um adulto faz ou deve fazer em condições e com limitações que o adulto não conhece (fumar, beber, ver televisão, comunicar-se por telefone, receber ou enviar correspondência, manter relações sexuais, etc.)” (ZAFFARONI, 1991).

sua condição social de marginalizado (no sentido de estar à margem da sociedade, pois não exerce seus direitos sociais – saúde, educação, moradia, cultura, lazer) se torna novamente vulnerável pelo fato de estar encarcerado.

Wacquant, ao descrever os contornos do lugar da prisão na nova administração da pobreza, esclarece como as parcelas mais pobres da população oscilam num *continuum*, para dentro e para fora da prisão: “a grande maioria era pobre em liberdade e voltará a ser pobre quando libertada” (WACQUANT, 2008).

“Na América Latina, o estereótipo sempre se alimenta das características de homens jovens das classes mais carentes” (ZAFFARONI, 1991). Segundo os últimos dados publicados pelo DEPEN em relação à população penitenciária maranhense, do total de 3.808 presos, 3.604 eram homens, sendo 2.521 compreendidos entre 18 e 34 anos¹⁷. Esse também é o perfil dos mortos em Pedrinhas.

O discurso de “guerra às drogas” só reforça os argumentos para uma política permanente de genocídio e violação dos direitos humanos. Na medida em que convergiria para uma prática orientada à perspectiva redutora da vulnerabilidade ao sistema penal, fazer valer a garantia da liberdade provisória para o delito que mais criminaliza em números absolutos certamente reduziria as tantas mortes que nos acostumamos a vivenciar.

BIBLIOGRAFIA:

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Vol. 5-6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

17 <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em 28 de jul. 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. **O Realismo Marginal**: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo, 2007. Disponível em <http://www.ovp-sp.org/debate_teorico/debate_vera_malaguti.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

_____. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

_____. **Atendendo na Guerra**. In: Atendendo na Guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o “crack”. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. **A desproporcionalidade da lei de drogas**: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil. Rio de Janeiro: CEDD – Coletivo de Estudos Drogas e Direito, 2013. Disponível em <http://www.wola.org/sites/default/files/Drug%20Policy/Artigo%20desproporcionalidade%20Brasil_rev.pdf>. Acesso: 29 jun. 2015

BOITEUX, Luciana; WIECKO, Ela. **Tráfico de Drogas e Constituição**. Brasília: Ministério da Justiça. Projeto Pensando O Direito, 2009. Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

CARVALHO, Salo de. **Apolítica criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. São José, Costa Rica, 2014. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cfm?lang=es>. Acesso: 22 jun. 2015.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia. **O Impacto da Assistência Jurídica a Presos Provisórios**: Uma experiência na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Associação pela Reforma Prisional, 2011. Disponível em <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/cesec-arp-impacto-da-assistencia-juridica-a-presos-provisorios-2012.pdf>>. Acesso: 30 jun. 2015.

MATHOZINHOS, Déa Rita. **As Formas de Silêncio na Justiça Criminal Brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes, 2003.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias [Infopen]**. Brasília, 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso: 22 jun. 2015.

OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

ORLANDI, Eni. **Análise de Discurso**: princípios e procedimentos. Campinas: Pontes, 1999.

PAVARINI, Massimo. **Punir os Inimigos**: Criminalidade, exclusão e insegurança. Curitiba: ICPC, 2012.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABADELL, Ana Lucia. **Algumas Reflexões sobre as funções da prisão na atualidade e o imperativo da segurança**.

Estudos de Execução Criminal. Direito e Psicologia. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009. Disponível em <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/713/1/ISBN_9788598923024.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza**. 2008. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/nec/n80/a02n80.pdf>> Acesso em 13 set. 2015.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas? Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **A palavra dos mortos**: Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.



POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELA INTERPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Ítalo Menezes Rabelo

Aluno do 10º Período de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, em São Luís/MA. Estagiário do Ministério Público Federal, unidade São Luís/MA. E-mail: italo_rabelo@hotmail.com

José Muniz Neto

Aluno do 10º Período de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, em São Luís/MA. Estagiário da Defensoria Pública da União, unidade São Luís/MA. E-mail: muniz_netto13@hotmail.com



RESUMO

O presente artigo tem como objeto de análise o instituto da exceção de pré-executividade enquanto defesa do executado no cumprimento de sentença. A análise parte do questionamento acerca da subsistência ou não do presente instituto frente as alterações sofridas pelo código de processo civil a partir da edição da lei 11.232/05, que positivou as defesas do executado deixando de lado a tratativa do referido instrumento de defesa, que atualmente é apontado como criação doutrinária e jurisprudencial. Neste sentido, a abordagem volta-se para a possibilidade de suspensão do processo executivo a partir da interposição da exceção de pré-executividade, uma vez que esta tem o condão de alcançar a nulidade dos atos executórios eivados de nulidade que poderiam ter sido conhecidos de ofício pelo magistrado em momento oportuno.

Palavras-chave: Cumprimento de sentença. Defesas do Executado. Exceção de pré-executividade. Suspensão do Processo Executivo.

INTRODUÇÃO

Uma vez iniciado o processo executório, encontra-se o executado amparado pelo CPC para apresentar defesas contra a tutela executiva do exequente, quais sejam: a impugnação e os embargos à execução. Ultrapassadas tais etapas, restaria o executado impossibilitado de exercer seu direito de defesa, haja vista a preclusão de matérias que não foram suscitadas nos já mencionados instrumentos de defesa.

Embora o CPC não preveja expressamente a exceção de pré-executividade, tornou-se completamente cabível, tanto para doutrina como para jurisprudência – a exemplo da súmula 393 do STJ¹ –, a utilização deste instituto, pelo

devedor ou terceiro interessado, com o objetivo de alcançar uma decisão justa e que afete seus bens jurídicos na menor intensidade possível, fazendo-se cumprir os princípios que regem a execução no processo civil.

Cumprido ressaltar que tal instituto nada mais é do que um incidente processual que busca a nulidade de atos executórios eivados de vícios, suscitando questões que deveriam ter sido conhecidas de ofício pelo magistrado, tais como a ausência de pressupostos processuais e condição de ação, e, por isso, pode ser manejado a qualquer tempo durante o processo.

Com o advento da Lei nº. 11.232/05, várias foram as modificações ocorridas no processo de execução civil, a exemplo da dispensabilidade ao executado em garantir o juízo executório para que possa apresentar embargos, fato este que tornava mais viável ao réu a apresentação da exceção de pré-executividade. Diante destas alterações, diverge a doutrina quanto a subsistência ou não desta exceção nos dias atuais, alegando que as matérias discutidas no âmbito da pré-executividade poderiam ser abarcadas nas defesas típicas da execução, quais sejam a impugnação e os embargos.

Entretanto, corrente contrária admite a subsistência deste instituto. A doutrina divergente sustenta que subsiste a exceção de pré-executividade por três fatores: a penhora ainda é pressuposto da impugnação; a inexistência de prazo para a apresentação da exceção de pré-executividade e a possibilidade de preclusão das defesas típicas; e a onerosidade e complexidade da defesa por tais meios típicos.

Não obstante a aceitação da exceção, pairam sobre os executados solventes dúvidas quanto ao que poderia ser feito após a sentença, com base no art. 475-J e seguintes, na tentativa de proporcionar tal justiça. Subsistiria tal instrumento processual possibilitando aos executados defenderem-se através de quaisquer

admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

1 SÚMULA 393 – STJ: A exceção de pré-executividade é

alegações, sem que estas fossem consideradas preclusas? Sem dúvidas, sim. Tal é a função das exceções de pré-executividade.

Considerando, porém, a subsistência das exceções e objeções de pré-executividade, ainda repousa grande divergência na doutrina e jurisprudência, com posicionamentos interessantes e diversificados, sobre a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo na demanda executiva a partir da interposição do referido instrumento, isto porque é questionável a normal continuidade do processo executivo cujo desfecho pode representar grave dano de incerto ou difícil reparação ao executado, como disposto no texto do artigo 475-M do código de processo civil.

1. O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE DEVEDOR SOLVENTE NA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA A PARTIR DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DA LEI Nº 11.232/05

O processo de execução civil consiste na atividade jurisdicional pela qual o Estado atuará no intuito de satisfazer a obrigação do credor em face de devedor inadimplente. Poderá ser fundada em título judicial ou extrajudicial, entretanto, o presente trabalho limita-se à análise do cumprimento de sentença nas hipóteses de execução por quantia certa, motivo pelo qual restringiremos a explanação aos casos de execução fundada em título judicial.

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier², “título executivo é cada um dos atos jurídicos que a lei reconhece como necessários e suficientes para legitimar a realização da execução, sem qualquer nova ou prévia indagação a cerca da existência do crédito”. Neste sentido, se pode inferir que os títulos executivos judiciais são aqueles baseados em decisões dos juízes em sede de processos

² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. v. 02. 09. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 57.

jurisdicionais e que apresentam alguma ordem à parte sucumbente. Assim, se percebe que uma vez dotados de obrigatoriedade, os títulos executivos judiciais quando descumpridos dão ensejo ao procedimento executivo do processo civil.

O Código de Processo Civil (CPC) dispõe como títulos executivos judiciais os seguintes:

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

IV – a sentença arbitral;

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

Nestes casos em que a execução se funda em título judicial, esta se revelará como mera etapa subsequente à crise de certeza resolvida na etapa cognitiva do processo civil. A esta característica peculiar desta modalidade de execução dá-se o nome de processo sincrético, o qual foi uma das novidades instituídas no CPC com a edição da Lei 11.232.

De forma geral, a execução civil seguirá com base em princípios específicos, dentre eles o da livre iniciativa, da disponibilidade, do desfecho único, da atipicidade dos meios executivos e da menor onerosidade, conforme aduz Marcelo Abelha³.

O princípio da livre iniciativa se revela pelo que dispõe o art. 566 do CPC, pelo qual deverá ser instaurada a execução civil através de requerimento do exequente em petição inicial, entretanto, quando embasada em título judicial verifica-se a inércia do credor no requerimento da instauração do processo executivo, por conta da criação do chamado processo sincrético. Portanto, nesta hipótese de execução não se verifica a aplicação direta do princípio da livre iniciativa, uma vez que poderá o juiz determinar de ofício que se proceda com a execução do título judicial (art. 461, §5º, do CPC).

O princípio da disponibilidade deve ser entendido como a possibilidade do exequente, nas hipóteses de processo executivo autônomo, dispor da sua demanda, podendo desistir de sua pretensão a qualquer momento independentemente de anuência do executado. Para o referido autor, a desnecessidade de anuência do executado, com única exceção nos casos de interposição de embargos por esta parte, se funda por conta da própria natureza do processo executivo, qual seja a de alcançar a satisfação da obrigação para o credor e, na hipótese de desistência deste, não haveria nenhum ônus ao executado.

Com base neste entendimento de que o processo executivo segue no intuito de satisfazer a pretensão do exequente é que vemos a materialização do princípio do desfecho único. Nesse sentido, ensina-nos Marcus Vinicius Rios⁴ que, como dito anteriormente, o “processo é um instrumento que objetiva alcançar um

3 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

4 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**: volume 3 / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. — 5. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38. (*ebook*)

fim determinado; na execução, a satisfação total ou parcial do credor. Não se pode admitir que ela prossiga quando apenas trará prejuízos ao devedor, sem reverter em proveito para o credor.”

Por sua vez, o princípio da atipicidade dos meios executivos se manifesta pela atuação do Estado-juiz como mero impulsionador das etapas processuais, uma vez que a própria legislação já se encarregou de dispor sobre os atos a serem realizados por este⁵. Portanto, os atos do juiz no processo de execução não ficam a mero arbítrio deste, devendo aplicar no momento certo as condutas típicas previstas no CPC.

Por fim, o princípio da menor onerosidade impõe, conforme disposto no art. 620 do CPC, que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Neste sentido, percebe-se uma derivação direta deste princípio ao da ampla defesa, o qual é garantido constitucionalmente.

Deste modo, uma vez entendidos os princípios gerais da execução civil, podemos tratar especificamente da execução por quantia certa em caso de devedor solvente. Como já mencionado ao longo do presente artigo, a Lei 11.232/05 instituiu o chamado processo sincrético, alterando separando os procedimentos de execuções fundadas em títulos judiciais das extrajudiciais. Nas primeiras, após a edição desta Lei, o exequente não precisará mais acionar o judiciário através de processo autônomo para buscar a satisfação de seu crédito, o que deverá ser feito no segundo caso, mas apenas aguardar o esgotamento do prazo para cumprimento de sentença, sem que a obrigação pecuniária tenha sido adimplida. É neste sentido que Humberto Theodoro Júnior⁶ afirma não haver uma ação

5 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**, 3 / Cassio Scarpinella Bueno. — 5. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2012. p. 562 (*ebook*)

6 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 52.

de execução por quantia certa, mas uma mera execução por quantia certa, raciocínio este calcado no sincretismo processual. Todavia, cumpre-nos destacar que embora tramitem inicialmente de forma diferente, tanto a execução por quantia certa com base em título judicial quanto a extrajudicial, com exceção de suas fases iniciais, detêm o mesmo procedimento para a satisfação da obrigação por parte do executado.

A execução por quantia com base em título judicial, a qual o legislador resolveu denominar como cumprimento de sentença, está disposta no CPC nos art. 475-I e seguintes. Obrigação por quantia certa, como sustenta Humberto Theodoro⁷, “é aquela que se cumpre por meio de dação de uma soma de dinheiro”. Esta modalidade de procedimento executivo apresenta duas fases bem distintas: uma inicial, de cumprimento voluntário, a qual foi simplificada pela Lei 11.232/05; e uma fase subsequente de execução forçada, a qual é consequente lógico necessário do descumprimento da etapa anterior. Como bem destaca Cândido Rangel Dinamarco⁸, o papel da execução por quantia é sempre um só:

Como o credor por dinheiro tem um direito a este mas não é seu proprietário, para que ele venha a recebê-lo é necessário que o Estado-juiz o retire do patrimônio do obrigado e o passe ao dele, credor – e assim é em toda e qualquer execução por quantia certa. É sempre necessário um ato de constrição sobre algum bem do devedor (penhora), seguido de providências destinadas a utilizar esse bem para a satisfação do credor.

Para que tenha direito a sua prestação pecuniária, neste caso em específico, o credor necessitará do título executivo judicial. Uma vez transitado em julgado a sentença condenatória, dispõe o art. 475-J do CPC que o réu terá o prazo de 15 dias para o adimplemento do crédito, sob

7 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Ob. cit.** p. 52.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 04. 03. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 564.

pena de acréscimo de multa no percentual de 10% sobre o valor da dívida, somando-se os honorários advocatícios e ônus sucumbencial. A multa percentual também recairá sobre o devedor se este não pagar completamente a dívida, devendo ser aplicada no montante restante para a satisfação dos interesses do credor⁹.

Questão que eleva bastantes discussões é a que gira em torno da necessidade ou não de intimação da parte sucumbente para cumprir com a obrigação pecuniária decorrente da sentença. Qual seria, então, o marco inicial para a contagem do prazo para a satisfação voluntária da dívida? Do trânsito em julgado da sentença ou apenas da juntada do mandado de intimação aos autos? Fredie Didier¹⁰ afirma que o melhor entendimento é o de que a contagem do prazo inicia-se da efetiva intimação da parte sucumbente, a qual poderá ser feita na pessoa do seu advogado ou, caso não tenha um constituído nos autos, da juntada do mandado de intimação ao processo. Portanto, para ele a multa somente incidirá caso o executado tenha sido devidamente intimado para pagar voluntariamente a dívida. Contudo, entende Humberto Theodoro¹¹ que a fluência do prazo se dá independentemente da citação ou intimação do executado, ou seja, o termo inicial se daria da publicação da própria sentença, podendo ser esta de condenação ou liquidação. É relevante frisar que Dinamarco¹², em sua obra, menciona a adoção do STJ pelo entendimento defendido por Theodoro, embora este autor não concorde com o raciocínio do Tribunal, pelo fato de poder ocasionar “surpresas ao devedor e consequentes injustiças”.

Uma vez exauridos tais debates e transcorrido o prazo para pagamento da dívida, caso o devedor, espontaneamente prossiga com o cumprimento da sentença, então deverá ser dado baixa na ação e consequente arquivamento

9 BUENO, Cassio Scarpinella. **Ob. cit.** p. 572 (*ebook*).

10 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 4ª Ed Bahia: JusPodium, 2012. p. 518-519.

11 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Ob. cit.** p. 55.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 594.

do feito. Entretanto, se este não pagar o valor imposto pela sentença, deverá o credor, de acordo com o pensamento da maioria da doutrina, requerer, por meio de petição simples, o prosseguimento do feito com a instauração da fase executiva para que tenha a satisfação forçada de seu direito, juntando nesta ocasião o demonstrativo do cálculo da dívida exigida, conforme dispõe os art. 475-J e 614, II, do CPC.

Questão de extrema importância é a análise da prescrição do direito do credor exequente. Ensina-nos Wambier¹³ que se abstendo o credor em formular pedido para cumprimento de sentença e transcorridos seis meses da publicação desta, o juiz determinará o arquivamento provisório dos autos, podendo ser solicitado seu desarquivamento a qualquer tempo (art. 475-J, §5º, do CPC). Entretanto, caso decorra o prazo prescricional da execução, o qual coincide com o da ação de conhecimento (5 anos), ocorrerá o perecimento do direito do credor em atingir a satisfação de seu crédito.

Prosseguindo com a execução forçada da sentença, após o expresse requerimento do exequente, deverá o juiz ordenar o mandado de penhora e avaliação dos bens do devedor, os quais podem ser indicados pelo próprio credor, devendo ocorrer a intimação do executado à luz dos arts. 236 e 237 do CPC¹⁴. Uma vez intimado, o réu terá o prazo de 15 dias para oferecer impugnação à penhora, conforme disposto no art. 475-J, §1º, do CPC. Transcorrido tal prazo para defesa, os demais atos transcorreram no sentido da expropriação de bens e satisfação da pretensão pecuniária do exequente.

Ao tratar de meio de defesa, o legislador previu expressamente nos casos de cumprimento de sentença a hipótese da impugnação do executado. Para utilização deste instrumento, o devedor deverá restringir suas matérias argumentativas às dispostas no art. 475-L do CPC: falta ou nulidade da citação, se o processo

correu à revelia; inexigibilidade do título; penhora incorreta ou avaliação errônea; ilegitimidade das partes; excesso de execução; qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. Ademais, os artigos que se seguem dispõem sobre a inexistência de efeito suspensivo em tais impugnações, podendo o juiz concedê-lo quando o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

Por fim, não acolhidas as impugnações, deverá o juiz ordenar a penhora dos bens avaliados (art. 659 e segs. do CPC) e determinar sua venda para a satisfação da obrigação pecuniária, ou então, se assim preferir o exequente, realizar a adjudicação dos bens, satisfazendo o seu crédito.

2. A SUBSISTÊNCIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE APÓS EDIÇÃO DA LEI Nº 11.232/05

Como demonstrado no capítulo anterior, serve a Impugnação como meio de defesa do executado em face de execução forçada por quantia certa. O mesmo fim pode ser alcançado pelo que chamamos de Exceção de Pré-executividade ou de Não-executividade.

O instituto da Exceção de Pré-executividade consiste em incidente processual pelo qual o executado visa a suspensão e anulação dos atos executórios eivados de vício, podendo ser suscitado a qualquer momento no processo. É aplicável às alegações de matérias de ordem pública as quais deveriam ter sido analisadas de ofício pelo juiz, mas que por algum motivo não o foram. Assim, cabe à parte interessada suscitar tais matérias no intuito de obter o regular andamento do processo.

Conforme sustenta Didier¹⁵, esta exceção

13 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Ob. cit.** p. 285.

14 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ob. cit.** p. 316.

15 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Ob. cit.** p. 391-392.

consiste em meio de defesa atípico, ou seja, não previsto em Lei, entretanto, é amplamente aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência nacional, atendendo assim ao princípio do devido processo legal. O referido autor destaca que antes da edição da Lei 11.232 este instituto se demonstrava altamente viável e interessante ao executado, uma vez que não se necessitava de prévia garantia do juízo, o que era requisito para a interposição dos embargos do devedor.

Da leitura da mencionada Lei se percebe a alteração desta norma. Atualmente, para a interposição dos embargos à execução não se faz necessária a garantia do juízo e este instrumento de defesa não suspende mais a execução, entretanto cabe ao juiz decidir sobre a aplicação deste efeito. Desta forma, questiona-se a utilidade e subsistência da Exceção de pré-executividade após a reforma do CPC.

Destacamos como característica deste instrumento a ausência procedimental específica, uma vez que as exceções não estão previstas em Lei. Conforme nos ensina Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁶, tal instituto atua como mero incidente processual, nunca como uma ação ou processo autônomo, e que não há prazo para sua interposição, entretanto destaca a conveniência de sua apresentação antes da penhora, haja vista que seu objetivo é impedir tal ato executivo.

Scarpinella¹⁷ nos ensina que embora primordialmente o instituto da pré-executividade tenha se restringido às matérias de ordem pública, a prática forense tratou de ampliar os objetos abarcados por este meio de defesa às matérias que não dependam de iniciativa probatória complexa. Quanto a admissão da exceção após as reformas do CPC, aduz o autor:

Se a Lei n. 11.382/2006, diferentemente do que se deu e que se justifica, com a Lei n. 11.232/2005, inova justamente neste ponto, e é ele que interessa para cá, a consequência da vivência da regra só será

16 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Ob. cit.** p. 306. (ebook)

17 BUENO, Cassio Scarpinella. **Ob. cit.** p. 954 (ebook).

a de ser desnecessário o uso das “exceções” e “objeções de pré-executividade”. Se o problema que aqueles expedientes buscavam contornar era a não oneração do patrimônio do executado para se voltar a uma execução cujo controle de ofício pelo juiz ou, quando vedada sua atuação oficiosa, sem necessidade de dilação probatória – e foi nestes moldes que as “exceções” e “objeções de pré-executividade” sempre foram admitidas -, ele não existe mais. É aplicar adequadamente a regra que ocupa, doravante, o art. 736, caput.

Entretanto, Didier¹⁸, embora concorde com uma possível inutilidade deste instituto, afirma haver ainda casos em que a exceção de pré-executividade subsista como meio adequado de defesa do executado, interrompendo o cumprimento de sentença. O autor menciona a hipótese de transcurso do prazo para defesa do executado, na qual a exceção seria meio cabível de questões supervenientes (de ordem pública), de acordo com o art. 303 do CPC, uma vez que a prova a ser apresentada já esteja pré-constituída. Ademais, menciona-se que para a interposição das exceções não há prazo legal previsto, podendo ser apresentada a qualquer tempo pelo réu.

Por sua vez, Dinamarco¹⁹ adota uma postura mais cautelosa em relação à extinção das exceções de pré-executividade. Para ele, por se admitir atualmente a interposição dos embargos antes da penhora, bem como da impugnação à execução por título judicial, provavelmente veremos cada vez menos a utilização deste instituto como meio de defesa ou que os tribunais venham a indeferi-las por haver um meio legal hábil e específico para tanto.

Portanto, percebe-se que embora a nova sistemática do CPC tenha proporcionado maiores condições de utilização do réu dos meios típicos de defesa, ainda se percebe que a exceção de pré-executividade subsiste por conta

18 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Ob. cit.** p. 396.

19 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 854.

de suas características bem peculiares, como a inexistência de prazo para apresentação de seus objetos, tornando-se meio útil e necessário em algumas hipóteses para se evitar possíveis danos ao devedor quando de vícios no processo executivo.

3. A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO EXECUTIVO ATRAVÉS DA INTERPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Como já demonstrado anteriormente nas exposições gerais sobre o instituto da exceção de pré-executividade, tal instrumento tem como escopo suscitar matérias de ordem pública as quais deveriam ter sido conhecidas de ofício pelo juiz da causa, e que, porém, não o foram. Por tratarem-se de matérias de ordem pública, a exemplo da ausência de condições de ação ou pressupostos processuais, a arguição de existência de qualquer desses vícios podem ser levantadas a qualquer tempo, pois, como é sabido, tal hipótese enseja a nulidade de todos os atos posteriores a ocorrência deles, devendo o órgão jurisdicional promover o retorno do processo executivo ao *statu quo ante*.

Uma vez suscitadas matérias de ordem pública, resta o questionamento acerca da suspensão do processo executório que, havendo a presença de tais vícios insanáveis, estaria inapto a produzir efeitos jurídicos válidos. Ora, considerando que a objeção de pré-executividade trata-se de instrumento de arguição de nulidade através de cognição sumária – pois exige a necessidade de provas pré-constituídas –, é inconcebível que a discussão sobre possibilidade de suspensão do processo passe despercebida.

Destarte, cabe destacar que o Código de Processo Civil traz expressamente em seu art. 791 os casos em que é permitido ao magistrado a atribuição do efeito suspensivo ao processo executório, dispondo que:

Art. 791. Suspende-se a execução: I - No todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução; II - Nas hipóteses previstas no artigo 265, I a III; III - Quando o devedor não possuir bens penhoráveis;

Já o texto do art. 792 da mesma codificação, dispõe que poderá ser atribuído efeito suspensivo por prazo concedido pelo credor para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação, desde que as partes assim convenham. Todavia, uma vez não cumprida a obrigação voluntariamente e no prazo concedido pelo credor, o processo executivo retoma seu curso regular.

Como é possível verificar, quando da tratativa das hipóteses de suspensão do processo executivo, o texto legal não faz qualquer remissão à hipótese interposição de exceção ou objeção de pré-executividade como instrumento hábil a tal finalidade. Tal é o argumento que leva parte da doutrina a rechaçar essa possibilidade, sustentando ser o artigo 791 um rol taxativo que não permite interpretação diversa. O referido posicionamento se faz presente nas lições de Nelson Rodrigues Netto²⁰:

A apresentação da exceção de pré-executividade não suspende o processo de execução – Somente o embargos podem fazê-lo, a teor do disposto no artigo 741 do CPC –, motivo assaz importante para que venha com prova pré-constituída, comprovando as alegações, para que mediante cognição e contraditório sumários, seja possível ao juiz decidir.

Neste mesmo sentido dispõe o parágrafo 1º do artigo 585 do código de processo civil, ao passo que afirma que a propositura de qualquer

²⁰ RODRIGUES NETTO, Nelson. **Exceção de pré-executividade**. SelectedWorks, 1999. p. 14. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=nelson_rodrigues_netto. Acesso em: Abr. de 2014.

ação que tenha como intuito a discussão do débito constante no título executivo não obsta o credor de promover a execução. Faz-se importante asseverar, antes de qualquer ponderação, que as objeções de pré-executividade não tratam-se de ação autônoma, como já abordado anteriormente e reforçado pela doutrina que segue²¹: “Ante a ausência de previsão, não existe um procedimento legalmente estabelecido. As exceções e objeções são meros incidentes, jamais ação ou processo autônomo”.

A utilização do presente argumento assenta-se, pois, no aspecto legalista de tal dispositivo, uma vez que somente os embargos poderiam suspender o regular andamento da demanda executiva, e mesmo as ações autônomas que possuem previsão legal seriam incapazes de suspender a execução, como assevera a doutrina de Humberto Dalla Bernardino de Pinho²²:

A oferta da exceção de pré-executividade não trava a marcha do processo executivo devido à taxatividade imposta no CPC aos casos de suspensão do processo em geral (art. 265), e da execução, em particular (art. 791). Assim, o art. 791, I, do CPC, outorga efeito suspensivo apenas aos embargos. A impugnação não ostenta essa característica, cabendo ao magistrado suspender o processo tão somente nas hipóteses especificamente previstas no art. 475-M.

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, sustenta que a aceitação do efeito suspensivo através do manejo das objeções de pré-executividade representa maior ônus ao crédito e ao credor, o que consequentemente compromete o prestígio e a eficiência do judiciário. Para tal doutrina, tais objeções são aceitas justamente por não apresentarem efeito suspensivo – devido à ausência de tratativa legal – e atribuírem maior eficiência ao processo executivo em decorrência de sua informalidade. De forma a rechaçar qualquer discussão acerca da suspensividade

21 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Ob. cit.* p. 163.

22 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*: introdução ao processo civil. Volume II – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 802.

do referido instrumento, aduz o autor que se assim o fosse, restaria ao credor o risco da perda de oportunidade de obtenção dos bens para a satisfação do crédito²³.

De forma diametralmente oposta, a partir da interpretação do mesmo dispositivo – art. 585 §1º do Código de Processo Civil – e partindo da análise da suspensividade dos embargos, há doutrina que aponte como possível a atribuição de efeito suspensivo às próprias ações autônomas, desde que estas tenham como ponto em comum com os embargos a característica de prejudicialidade. Sob tal perspectiva, pode-se afirmar seguramente que a prejudicialidade é efeito consequente da interposição das exceções de pré-executividade. Assim sendo, o efeito suspensivo atribuído legalmente aos embargos, estender-se-ia tanto as ações autônomas, como, indistintamente às exceções de pré-executividade²⁴:

O efeito suspensivo dos embargos à execução encontra sua gênese na prejudicialidade, de modo que, havendo outras ações, também prejudiciais à execução, não há qualquer óbice que elas também produzam o mesmo efeito suspensivo perante a execução, quer mediante o uso de ação cautelar, quer via antecipação de tutela.

Em acordo as presentes considerações, o Supremo Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 557.080 – DF, julgado em 17 de fevereiro 2005, demonstrou a possibilidade de suspensão do processo executivo por via do manejo de ações autônomas, que, de acordo com o Órgão prolator da decisão, possuem natureza idêntica aos embargos quando utilizados com o fim de declarar o direito do executado ou a desconstituição da relação jurídica, seja através da nulidade do título ou inexistência da relação obrigacional²⁵:

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.* p. 928.

24 MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas* - Defesa Heterotópica. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 262

25 Supremo Tribunal de Justiça. *Resp. 557.080 – DF*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki - Primeira Turma. Data de Julgamento:

Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede, outrossim, que o devedor se antecipe à execução e promova, em caráter preventivo, pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional. 2. Ações dessa espécie têm natureza idêntica à dos embargos do devedor, e quando os antecedem, podem até substituir tais embargos

Neste diapasão, o efeito suspensivo estaria intimamente relacionado com a exceção de pré-executividade, pois, uma vez ocorrida a manutenção do processo executivo eivado de nulidade, restaria evidenciada a afronta ao devido processo legal, constringendo o executado à privação de seus bens mediante a entrega de uma prestação jurisdicional falha e desatenta.

Para parte da doutrina, porém, a atribuição de efeito suspensivo parece discussão superada. O questionamento volta-se neste momento para a necessidade de garantia do juízo para a atribuição do efeito suspensivo. Desta feita, resta a indagação: A atribuição de efeito suspensivo por via do manejo da objeção de pré-executividade segue o mesmo regime da atribuição de efeito suspensivo através dos embargos? A doutrina²⁶ indica que não:

Além de a pretensão do executado-embargante ser relevante e haver risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, só será concedido efeito suspensivo aos

embargos se também houver garantia do juízo. É a regra do art. 739-A, § 1º. Por força do dispositivo, não nego que, no dia-a-dia do foro, o uso das “exceções” e “objeções de pré-executividade” se façam necessárias (...) E friso: foi para **permitir ao executado um mecanismo eficaz de tutela de seus direitos independentemente de qualquer oneração sobre seu patrimônio** que os expedientes aqui examinados ganharam o aplauso da doutrina e da jurisprudência. (grifos nossos)

Ora, considerando que a existência do presente instrumento tem o condão de dar ao executado a capacidade suscitar matérias que deveriam ter sido conhecidas pelo juiz de ofício e o não foram, – e portanto é inconcebível falar em decadência ou prescrição, – com a finalidade de chamar atenção para uma situação de total desamparo legal – a despeito da inexistência de exigibilidade e obrigatoriedade do título –, é racional concluir que para a atribuição de efeito suspensivo é bastante que seja observado tão somente os requisitos presentes no artigo 475-M, como leciona a brilhante doutrina de Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha e Paula Braga Sarno e Rafael Oliveira²⁷:

Como a defesa do executado pode ter qualquer conteúdo, independentemente de previa penhora, a discussão sobre se a exceção de não-executividade tem ou não efeito suspensivo perde um pouco de sua utilidade. Parece que a lógica do sistema e a seguinte: a defesa do executado, em qualquer de suas modalidades, pode ser oferecida sem previa garantia do juízo, mas *não suspende* o procedimento executivo, salvo se forem preenchidos quatro pressupostos: requerimento do executado, garantia do juízo, verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Não há razão para que o regramento da exceção de não-executividade fuja deste esquema.

17/02/2005

26 BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil, volume 3: comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006** — São Paulo: Saraiva, 2007. P. 218.

27 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 4º Ed — JusPodium – Bahia. 2012. p. 395 – 396.

Destarte, muito embora haja posicionamentos diversos que dão conta do presente tema, há ainda quem espere e observe no decorrer do tempo as formas de uso das exceções de pré-executividade na expectativa de que novas reflexões possam enriquecer ainda mais a discussão, e que doutrina e jurisprudência consigam equilibrar o entendimento acerca de sua própria criação²⁸

CONCLUSÃO

Com base nas considerações aqui levantadas, é inegável admitir que andaram bem doutrina e jurisprudência ao construir tão importante instrumento, que, afirma-se com segurança, tem o condão de atribuir à tutela jurisdicional um tratamento mais adequado ao executado, evitando que este sofra a expropriação injusta e indevida de seus bens.

Dentre as brilhantes constatações doutrinárias presentes no estudo da acerca da atribuição de efeito suspensivo a partir da interposição das objeções de pré-executividade, é possível encontrar desde posicionamentos que partem do pressuposto de que o efeito suspensivo é característica ínsita das objeções de pré-executividade, tendo em vista sua prejudicialidade e todas as consequências negativas ocasionadas ao executado, como posicionamentos que divergem em absoluto desta perspectiva, tendo como principal sustentáculo a inexistência de disposições legais para tanto, bem como a consequências negativas ocasionadas ao exequente e ao crédito.

28 Cássio Scarpinella Bueno é cauteloso em suas lições sobre o tema, e assevera: “Ir além no tema é desnecessário e arriscado, para não transformar o texto em exercício descabido de futurologia. É necessário ver, por ora, como se dará a vivência da nova sistemática dos embargos à execução trazida pela Lei n. 11.382/2006. Sobre o que ocorrer, caberá tecer renovadas reflexões e buscar o ponto de equilíbrio entre as razões conflitantes que justificam os embargos à execução e as “exceções e objeções de pré-executividade” (BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil, volume 3: comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006** — São Paulo: Saraiva, 2007. P. 218.)

Destarte, tendo em vista os divergentes posicionamentos acerca da suspensividade, é prudente que se adote certa cautela na definição de qual conduta é a mais adequada, fato que leva a compreensão dos motivos pelos quais ainda há doutrina que se põe a observar a vivência dos Tribunais afim de não praticar um exercício de especulação.

Considerando a inexistência de um posicionamento pacífico dos Tribunais pátrios, e, sobretudo, as lições abordadas no presente estudo, chega-se a conclusão de que a suspensão do processo executivo pela interposição da exceção de pré-executividade parece o caminho mais racional, justo e adequado, afirmação que se sustenta nos próprios motivos que justificam a existência e criação do presente instrumento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. STJ. **RESP: 69912 RS, 557.080 – DF**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki - Primeira Turma. Data de Julgamento: 17/02/2005

BRASIL. **Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos**. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm>. Acesso em: Fev. de 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**, volume 3: comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006. — São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual**

civil: tutela jurisdicional executiva, 3 / Cassio Scarpinella Bueno. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil:** execução e processo cautelar : volume 3 / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. — 5. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil:** Execução. 4º Ed – JusPodium – Bahia. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil:** execução forçada e cumprimento de sentença. v. 04. ed. 03. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MARTINS, Sandro Gilbert. **A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas** - Defesa Heterotópica. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil , volume II / Humberto Dalla Bernardino de Pinho. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil.** 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

RODRIGUES NETTO, Nelson. **Exceção de pré-executividade.** SelectedWorks, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=nelson_rodrigues_netto. Acesso em: Abr. de 2014.

SÁ. Renato Montans de. FREIRE. Rodrigo da Cunha Lima. **Processo civil IV** – São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 25)

SANTOS, Regiane Martins dos. Execução por quantia certa contra devedor solvente embasada em título executivo extrajudicial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13156&revista_caderno=21>. Acesso em fev 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil –** Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil:** processo de execução. v. 02. 09. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007



CONTRADITÓRIO JUDICIAL: UMA PROPOSTA DE HUMANIZAÇÃO DO CONFLITO DECORRENTE DO CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA EM QUE A INADIMPLÊNCIA DECORREU DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR

Jean Carlos Nunes Pereira

Defensor Público Estadual, mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, professor do quadro efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Palestrante.



RESUMO

Direito Administrativo. Direito do Consumidor. Direito Constitucional. Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais. O corte no fornecimento do serviço público essencial de energia elétrica quando a inadimplência resulta da hipossuficiência do consumidor. Inviabilidade do corte que não seja por meio de propositura de ação judicial de que faça parte, num aspecto objetivo, discussão ancorada na Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais, e, num aspecto subjetivo, o cidadão hipossuficiente acompanhado de defesa técnica e o Estado brasileiro.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Energia elétrica. Dignidade humana. Estado de Bem-Estar Social.

ABSTRACT

Administrative Law. Consumer Law. Constitutional Law. Theory of Fundamental Human Rights. The cut in providing essential public service of electricity when default results from hipossuficiência consumer. Infeasibility cut than through any lawsuit that part, an objective aspect, discussion anchored in the Theory of Fundamental Human Rights, and a subjective aspect, the citizen hipossuficiente accompanied by technical defense and the Brazilian state.

Keywords: Administrative rights. Electricity. Human dignity. State Social Welfare.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
CDC – Código de Defesa do Consumidor
LSP – Lei de Serviços Públicos
RESP – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ – Tribunal de Justiça

1 INTRODUÇÃO

Na primeira década deste século, prevaleceu, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, o entendimento, sedimentado no art. 6º da Lei de nº 8.987/1995, de que é possível o corte no fornecimento do serviço público essencial de energia elétrica, desde que decorrente da inadimplência do consumidor e precedido de notificação. No Superior Tribunal de Justiça, porém, a questão restou “pacificada” no Recurso Especial de nº 363943-MG, no qual se entendeu pela possibilidade de corte mesmo quando a inadimplência tenha resultado da miserabilidade do consumidor.

Vozes abalizadas na Doutrina, sobretudo na seara do Direito do Consumidor, passaram a advogar a tese, porém, de que, na atual conjuntura de expansão das normas constitucionais tuteladoras de direitos e garantias fundamentais, há necessidade de se distinguir a inadimplência decorrente da negligência daquela oriunda da hipossuficiência do consumidor. O presente trabalho visa a aprofundar essa discussão com o reconhecimento de que o acesso ao serviço público essencial de energia elétrica constitui um direito a cuja efetivação o Estado brasileiro, por determinação constitucional, é conclamado a assumir a cota de responsabilidade que lhe compete, mormente quando se trata de população em situação de vulnerabilidade social. Busca-se, assim, demonstrar que o adequado tratamento do conflito em torno do fornecimento de energia não se exaure na análise da aparente contradição entre o disposto na Lei de Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor, mas reclama um olhar sob as lentes da Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais e a adoção de um instrumento seguro: o contraditório judicial em que o cidadão esteja acompanhado de defesa

técnica e o Estado integre o pólo passivo da demanda.

2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Atualmente, encontram-se sedimentados em sede de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alguns entendimentos relevantes e que melhor humanizam as soluções de conflitos envolvendo a prestação do serviço público essencial de energia elétrica. Assim, são considerados inadmissíveis os cortes que afetem a prestação de outros serviços públicos igualmente essenciais, a exemplo dos que se verificam em hospitais, em postos de saúde, em escolas etc¹. O fundamento utilizado é extraído do próprio art. 6º, §3º, II, da Lei de nº 8.987/1995, no que este determina a observância do interesse público quando a interrupção do serviço decorra de inadimplemento do usuário.

Do mesmo modo, os cortes de energia elétrica quando o procedimento de apuração de infração consistente em fraude no medidor é realizado de forma unilateral pela concessionária, sem a participação pelo consumidor orientado por defesa técnica, também são repelidos pela jurisprudência do aludido Tribunal². São ainda repudiados os cortes em se tratando de consumidor que necessita da prestação do serviço para tratamento domiciliar de enfermidade que reclame a existência aparelhos elétricos. O fundamento, neste caso, é o direito fundamental à integridade física e à saúde. Por fim, também não é aceito o corte como mecanismo de cobrança de débito antigos³.

A princípio, em todos os demais casos aqui não excepcionados é admitido, de acordo com a Jurisprudência do STJ, a interrupção do fornecimento de energia elétrica por

1 RECURSO ESPECIAL Nº 848.784 - RJ (2006/0103580-0). Neste julgado, a ilustre Ministra Eliana Calmon empreende significativa incursão acerca dos conceitos de serviço público essenciais e não-essenciais bem como sobre o respectivo sistema remuneratório.

2 Por todos cite-se: RECURSO ESPECIAL Nº 1.284.741 - SP (2011/0234070-4).

3 AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 116.567 - RS (2011/0271885-3).

inadimplemento atual do usuário. Embora com alguma divergência entre turmas nos primeiros julgados, a orientação assumiu contornos gerais com um precedente julgado sob a forma de Recurso Especial (nº 363943-MG/2004) pela 1ª Seção deste Tribunal resultante de mandado de segurança impetrado na origem por consumidora hipossuficiente que reclamava a continuidade do serviço, não obstante o inadimplemento em que se quedara havia seis meses.

Por este julgado, foram jogados em vala comum diferentes classes de consumidores, desde aqueles com poder econômico suficiente para adimplir suas obrigações e que não o fazem por pura negligência até o indivíduo que se encontra em grave estado de miserabilidade. Aliás, esse era o caso da impetrante do *writ* que gerou a controvérsia, desempregada há vários meses e cuidando da mãe, parálitica. A questão, além de complexa, apresenta contornos que precisam ser melhor aprofundados segundo as especificidades do caso concreto e consoante parâmetros da Teoria Geral do Direitos Humanos Fundamentais, sobretudo no que esta diz com a afirmação do postulado da dignidade humana e com a concretização do projeto de justiça social preconizado pelo Constituinte de 1988. Diversas decisões judiciais, a exemplo da referida acima prolatada pelo STJ, colocam-se na contramão desses parâmetros. Resulta exatamente desse descompasso a motivação para elaboração do presente trabalho, que se deterá especificamente na (im)possibilidade jurídica de corte administrativo do serviço público essencial de energia elétrica quando o inadimplemento atual resulta da hipossuficiência do consumidor.

Inicialmente, se faz necessário percorrer os fundamentos invocados pelo *decisium* paradigma. No voto condutor, o Ministro-Relator enuncia que o cerne da questão posta em juízo poderia ser resumido na seguinte indagação: “- É lícito ao vendedor de energia elétrica cortar o fornecimento deste bem, quando o consumidor deixa de pagar o respectivo preço?” Uma análise perfunctória da indagação formulada pelo

Ministro revela que o problema foi enfrentado pelo Tribunal sob a ótica do empreendedor, do detentor do poderio econômico. Apesar de se tratar de mandado de segurança impetrado por pessoa em grave situação de vulnerabilidade, a preocupação externada resumiu-se em definir se o “vendedor” é obrigado a continuar a prestar o serviço para o devedor inadimplente. Não se perquiriu se a impetrante tinha ou não um direito e em que medida seria possível restringi-lo.

Após circunstanciar o entendimento das diversas turmas do Tribunal acerca da matéria, o Ministro-Relator afirma entender que o corte encontra respaldo legal tanto na Lei 8.987/1995 quanto no Código de Defesa do Consumidor. O julgador assevera que acaso proibido o corte unilateral os vizinhos ao tomarem conhecimento de que o outro estaria recebendo energia de graça, deixariam de pagar suas contas e, em pouco tempo, a concessionária iria à falência, o que comprometeria a prestação do serviço público essencial e a própria efetivação do princípio da supremacia do interesse público. A seguir o Ministro-Relator valida a situação de corte unilateral sob o argumento que a empresa privada concessionária não está obrigada a “fazer benemerência em favor de pessoas desempregadas”.

É sustentado ainda no julgado que a essencialidade do produto não obriga a sua prestação gratuita, já que ninguém sustenta a obrigatoriedade de que “farmácias e supermercados prestem gratuitamente seus produtos”.

A solução adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça transfere para um particular, a concessionária, o poder de aferir a legalidade da cobrança bem como a licitude do débito. Por fim, após suscitar que o corte não é vergonhoso, o julgado considera esmola, esta sim a causar constrangimento, a manutenção do serviço a usuário inadimplente.

Pois bem, é exatamente este o cerne

deste trabalho: demonstrar que onde o STJ viu uma esmola existe um direito fundamental à prestação de um serviço público essencial oponível tanto à concessionária quanto ao Estado brasileiro. A questão, pois, cinge-se apenas ao inadimplemento atual e resultante da hipossuficiência do consumidor como causa fundante da interrupção do serviço de energia elétrica. Antes de avançar, porém, não se pode deixar de mencionar, que o triste julgado em momento algum buscou fundamento na Constituição. Embora a matéria de fundo em qualquer discussão em sede de Recurso Especial seja a Lei Federal, é indubitável o necessário cotejamento desta com as disposições constitucionais correlatas⁴.

3. DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA.

O art. 175 da Constituição Federal, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira do Estado, dispõe que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos. Já o seu art. 21, XII, *b*, assevera competir à União a exploração, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Dos dispositivos colacionados, resulta que ao Estado brasileiro cabe a tarefa de prestar,

4 Gustavo Binenbojm (2008, p. 65), em feliz síntese acerca da constitucionalização do direito, esclarece que ela “não se esgota na mera disciplina, em sede constitucional, de questões outrora reguladas exclusivamente pelo legislador ordinário. Ele [o processo de constitucionalização do direito] implica, mais que isso, o reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de realizar uma verdadeira filtragem do direito, de modo a interpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra”. Grifos do autor.

diretamente ou por meio de delegação, o serviço público essencial de energia elétrica. É dele a titularidade, é pública a natureza do serviço. O agente contratado, particular, o faz nos termos e limites estipulados na legislação correlata (em especial, as leis de nº 8.987/1995 e 9.074/1995) e no contrato de concessão, de regra, precedido de licitação.

Bem se observa que entre o Estado e o destinatário do serviço público de energia elétrica estabelecem-se, pelo menos, três distintas relações jurídicas como contornos muito peculiares. A primeira, resultante do acordo celebrado entre o Poder Público Concedente e a empresa temporariamente contratada para a prestação do serviço público. A segunda, consistente no contrato entabulado entre a concessionária e o consumidor, enquanto destinatário final. A terceira, por fim, na relação jurídica indireta estabelecida entre o cidadão e o Poder Público, aquele como destinatário e este como titular do serviço que ao primeiro será prestado⁵.

Embora os meandros existentes nessas relações sejam muitos e as linhas divisórias entre elas resultem deveras tênues, não resta dúvida de que a primeira relação jurídica é regida, principalmente, por normas de Direito Administrativo, ao passo que a última é, predominante, regulada pelo Direito do Consumidor. Na primeira hipótese, uma licitação (ou termo de dispensa) precede o acordo cujos termos são previamente definidos em lei, edital e contrato de adesão, vinculando Estado e particular; na segunda, um cidadão, na condição de destinatário final, adquire o serviço de energia elétrica prestado por empresa. O que importa mencionar neste particular é que a incidência de normas consumeristas na

⁵ Entre o Poder Concedente e o consumidor, Cintra do Amaral (2002) sustenta a existência de duas relações jurídicas distintas: uma por ele denominada de relação jurídica de serviço público, estabelecida entre Poder Concedente – Concessionária – Consumidor, regida e pautada por normas do direito público; e outra, denominada de consumo, instaurada a partir da relação entre Concessionária – Consumidor. Divergindo deste posicionamento, Bolzan (2008) entende que a relação é de consumo de serviços públicos e que dela sempre faz parte o Estado, ora como agente fiscalizador ora como fornecedor do serviço, p. 174.

relação jurídica estabelecida entre o consumidor e a concessionária de energia elétrica não elide a condição de serviço público presente na prestação deste serviço. Outra não poderia ser a dicção do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, mormente quando se observa que é o próprio Texto Constitucional que o nomeia como serviço público. Para fins deste trabalho, entretanto, é adotada a concepção de Justen Filho (2005, p, 478) segundo a qual:

serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público⁶.

Exatamente por isso, uma correta apreensão do problema permite reconhecer que a responsabilidade pela prestação de um serviço público, como o de energia elétrica, não se exaure na relação de consumo concessionária/consumidor, porquanto, tanto será possível que o próprio Estado preste o serviço ao cidadão, caso em que a responsabilidade é direta, como também que o faça através de terceiros/delegatários, caso em que a responsabilidade, embora indireta e subsidiária, ainda persiste. Evidentemente, a atividade estatal neste setor não se encerra com a lavratura do contrato de concessão conseqüente à realização de licitação. Muito além disso, pela dicção constitucional, ao Estado cabe acompanhar através do poder de fiscalização (poder de polícia e hierárquico) o desempenho de toda a atividade, adotar providências que promovam o amplo acesso de todos ao serviço público essencial bem como criar as condições fáticas e jurídicas para reparação de danos decorrentes de sua má prestação, daí a inviabilidade de adoção de soluções simplistas que descurem dos variados interesses em questão. O direito de acesso do cidadão ao serviço público

⁶ Ver também, a propósito do conceito de serviço público, Carvalho Filho (2009, p. 309).

essencial de energia elétrica é oponible, portanto, não apenas e diretamente ao concessionário, mas também ao Estado.

4. O DIREITO DE ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA COMO CONDIÇÃO PARA UMA EXISTÊNCIA DIGNA

Se a Constituição Federal de 1988 não é o ideal de constituição a que todos almejam, é, sem sombra de dúvidas, a que, em nosso país, melhor simboliza o ideal democrático. E assim o é porque os diversos fatores reais de poder (LASSALE, 2009) fizeram-se presentes no texto constitucional, positivando interesse de grupos historicamente marginalizados e quase sempre olvidados. Mas não apenas por isso. O Constituinte de 1988, também em razão da significativa efervescência cultural e política que marcou o fim da década de 1980, engendrou amplo projeto de justiça social a que todos, Estado e sociedade, somos conclamados diuturnamente a efetivar, como bem salienta Gonçalves (2011, p. 117). Trata-se do que Conrad Hesse (1991, p. 24) denominou de força normativa da Constituição, o poder inerente às normas constitucionais de transformar a realidade social em cujo seio ela foi criada. Indubitavelmente, que tanto mais força normativa ela terá quanto mais presentemente ela estiver no cotidiano, na mente e nos corações dos agentes políticos e dos membros da sociedade civil (VERDU, 2006, p. 172).

Neste sentido, o Constituinte estabeleceu amplo e inovador projeto de justiça social que tem no art. 3º de seu texto a sua pedra de toque. Lá são lançadas as bases da sociedade que se pretende efetivamente democrática e pluralista. Nunca é demais lembrar que por mais de quatro séculos (Colônia e Império), a concepção não apenas de direitos, mas de humanidade no Brasil restou reservada a pequena parcela da população brasileira. O advento tardio da República e o reconhecimento de humanidade para o grosso do seu contingente populacional impunha ao

Estado brasileiro compromissos graves com o resgate de grupos vulneráveis, bem como a promoção ampla de direitos antes restritos a meia dúzia de fidalgos. Daí, em grande medida, as dificuldades aqui encontradas para efetivação de direitos e, sem sombra de dúvidas, o ponto de partida para resolução de conflitos à luz do ordenamento instaurado pós 1988.

Partimos aqui da premissa de que as normas programáticas e principiológicas do texto constitucional, a exemplo do seu art. 3º, impõem parâmetro de controle não apenas para a constitucionalidade das leis do Parlamento⁷, mas também das políticas e das ações governamentais. Do mesmo modo, aludidas normas constituem significativas balizas para atuação judicial, devendo ser considerada afrontosa à Constituição toda e qualquer decisão que, ainda que a pretexto de aplicação da lei, apresente solução que menospreze ou comprometa a efetivação do projeto de justiça social determinado pelo Constituinte.

Não bastasse, é imperioso reconhecer que a dignidade humana, na Carta de 1988, foi alçada a princípio-fundamento da República, de modo que no atual ordenamento jurídico brasileiro, são inconstitucionais quaisquer condutas que agridam a dignidade humana ou lhe reduzam a eficácia, quer provenham do Poder Público quer de particulares, e sob qualquer pretexto. Trata-se de princípio-fundamento com eficácia irradiante e que constitui o núcleo essencial de significativa parte dos direitos fundamentais. Em iluminado artigo intitulado *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*, o membro do Ministério Público Federal Carlos Roberto Siqueira Castro (2006, p. 160), acerca deste princípio, leciona:

Releva assinalar que o postulado da

⁷ Em interessante julgado, o Supremo Tribunal Federal reconhece a necessidade de observância das normas programáticas, ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO.

dignidade da pessoa humana em boa hora ingressou no direito positivo brasileiro, desde logo com a estatura inexcusável de *norma princípio* constitucional, alçada em fundamento do Estado brasileiro (Constituição Federal – art. 1º, III), o que vale dizer em pressuposto exilógico da organização política nacional. Essa hierarquia juspositiva por certo faz resultar consequências extremas e inexoráveis, uma vez que irradia para o plano da legalidade infraconstitucional um padrão de interpretação e de execução normativa, que é de observância compulsória, e que deve ser consentâneo com a máxima efetividade da cláusula supralegal da dignificação do homem. Grifos do autor.

Como mencionado, e o aludido ensaísta o esclarece, a dignidade humana, tanto quanto as normas programáticas que estabelecem o projeto de sociedade brasileira, constitui não apenas mecanismo de refreamento de condutas, sejam legislativas sejam administrativas e mesmo privadas, que agridam a condição humana do sujeito, como também importante mola propulsora de ações estatais destinadas a garantir do ponto de vista material ampla promoção da dignidade humana. Neste particular, a dimensão positiva do princípio-fundamento dignidade humana atrai a incidência da igualdade em sua dimensão substantiva e material. É de se dizer as condições materiais de uma existência digna devem estar ao acesso de todos os indivíduos que estejam sob a égide do Estado brasileiro. Não por outra razão é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a teor do que dispõe o aludido art. 3º da Carta Política, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Portanto, além de uma dimensão normativa, sucintamente referida, a dignidade humana assegura, em sua acepção positiva, a adoção de políticas públicas e de ações governamentais que possibilitem as condições materiais, dentro de padrões razoáveis, de uma vida digna. Não se nega a dificuldade presente

na definição do que são “condições materiais mínimas de uma vida digna”. Qualquer discussão a este respeito, porém, num Estado que se pretenda democrático e de direito, deve partir da noção de que ainda que se sustente que o máximo está a depender do esforço e do trabalho individual de cada um, o mínimo, pelo menos um mínimo, a todos deve ser assegurado pelo Estado pela sua simples condição de humanidade. Discussão mais acurada acerca do mínimo existencial e de seus limites, evidentemente, escapa aos estreitos limites da presente cogitação. Entretanto, adota-se para o que se pretende a concepção de necessidades humanas básicas para exercício da autonomia (GONÇALVES, 2011, p. 186), a saber, saúde preventiva e curativa, ensino básico, trabalho com remuneração digna, moradia, previdência social, assistência social, alimentação adequada e assistência jurídica pública.

Inafastável, nos parece, a inclusão, neste rol, do acesso ao serviço público essencial de energia elétrica. Ninguém dúvida que a vida moderna, a do século XXI, seja no campo seja na cidade, reclama o acesso à energia elétrica. Ainda que se encontre alguma dificuldade para reconhecer neste acesso um direito autônomo com contornos próprios, segundo assim entendemos, haver-se-á de admitir que a sua inexistência (ou inacessibilidade) torna muito difícil falar-se em dignidade humana em sua acepção material, substantiva. A energia, tanto quanto o serviço de água encanada e de saneamento básico, em dias atuais, é condição material para exercício pleno do direito à saúde, à alimentação e à segurança, enfim, para uma existência digna. A lei ordinária federal de nº 7.783, de 28 de junho de 1989, art. 10, traz importante baliza para definição do que pode ser considerado serviço público essencial, assim entendidos como aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. No parágrafo único do art. 11, essa mesma lei conceitua as necessidades inadiáveis como sendo aquelas que, se não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a

saúde ou a segurança da população. Não resta dúvidas de que o serviço de energia elétrica é hoje essencial num contexto de vida contemporânea. Neste sentido é o magistério de Marçal Justen Filho (2005, p. 480) para quem serviço público é um conjunto de ações estatais regidas pelo direito público voltadas especificamente à satisfação de direitos fundamentais.

Ainda que não se compreenda o acesso ao serviço de energia elétrica como um direito autônomo, haver-se-á de nele reconhecer uma condição material para concretização da dignidade humana. Assim, nas hipóteses em que o inadimplemento decorra de motivos relacionados a hipossuficiência econômica do destinatário, a solução haverá de resultar do cotejamento entre os interesses meramente patrimoniais da empresa concessionária de serviço público, de um lado, e, de outro, o princípio-fundamento da dignidade humana cuja concretização depende, entre outros, da prestação do serviço público essencial de energia elétrica, além, é claro, do próprio direito ao serviço de energia elétrica. É justamente o acesso a esse serviço essencial para uma existência digna que entra em colisão com o dispositivo da Lei de Serviços Públicos (Lei de nº 8.987/1995) que prevê a possibilidade de corte em se tratando de inadimplemento do usuário.

5. DA INTELIGÊNCIA POSSÍVEL – E CONSTITUCIONAL – DO DISPOSTO NO ART. 6º DA LEI DE Nº 8.987/1995: CORTE MEDIANTE CONTRADITÓRIO JUDICIAL DE QUETENHAPARTICIPADO O USUÁRIO HIPOSSUFICIENTE ACOMPANHADO DE DEFESA TÉCNICA

Como mencionado em item anterior, o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu que o corte no fornecimento de energia elétrica em se tratando de inadimplência resultante de hipossuficiência do consumidor tanto não ofende ao CDC como cumpre o aludido

dispositivo da Lei de Serviços Públicos. Em vista disso – e sobretudo em razão da aparente contradição entre os dispositivos correlatos (art. 6º da Lei de nº 8.987/1995 e art. 22 da Lei 8.078/1990) – significativa parte das discussões relativas ao tema têm se situado na incidência de uma ou de outra norma ao caso concreto. Entre os administrativistas, não é muito comum o enfrentamento aprofundado acerca do tema, tendo prevalecido a tese da possibilidade do corte (CARVALHO FILHO, 2009, p. 320; ARAGÃO, 2006, p. 26). Como postura divergente, ressalta-se Bolzan (2008, p. 181), em corajoso artigo intitulado Serviço Público e a Incidência do Código de Defesa do Consumidor, que se posiciona pela impossibilidade da interrupção independentemente do estado de miserabilidade do usuário inadimplente.

Já entre os consumeristas o debate é mais intenso. Claudia Lima Marques (2010, p. 232), por exemplo, na obra Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, invocando normas de Direito Internacional, sustenta que

o corte ou suspensão do serviço essencial [a autora assim entende o de energia elétrica], face ao princípio da continuidade (art. 6º, X, c/c art. 22 do CDC), frente ao consumidor pessoa física, tendo em vista a sua ‘dignidade’ enquanto pessoa humana (art. 5º, XXXII, c/c art. 1º, III da CF/1988 c/c art. 2º do CDC), só pode ser possível excepcionalmente e quando não é forma de cobrança ou constrangimento, mas sim reflexo de uma decisão judicial ou do fim não abusivo do vínculo.

O eminente Desembargador Rizzatto Nunes (2009, p. 110), na obra Curso de Direito do Consumidor, em texto que revela a sua lúcida irresignação, assim se posiciona:

Conforme veremos mais à frente, admitir-se-á o corte do fornecimento do serviço apenas após autorização judicial, se demonstrado no feito que o consumidor inadimplente, podendo pagar a conta – isto é, tendo

condições econômico-financeiras para isso –, não o faz. Afóra essa hipótese e dentro dessa condição – autorização judicial –, o serviço não pode ser interrompido.

Já na obra capitaneada por Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 226) há interessante debate. Nela, Zelmo Denari, ao tratar do princípio da continuidade dos serviços públicos, afirma que se consolida na doutrina

o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar o cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do correspectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público⁸.

O debate, porém, segundo aqui entendemos, não se exaure na dicotomia existente entre o CDC e a LSP. Para o adequado tratamento da matéria, há a necessidade de situar a interpretação do dispositivo legal (art. 6º da LSP) num contexto constitucional de ampla promoção de direitos humanos bem como reconhecer a responsabilidade do Poder Público na garantia das condições materiais mínimas para uma existência digna. Antes disso, entretanto, é preciso reconhecer a prevalência do conjunto normativo de cunho

⁸ Já Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, atualmente Ministro no STJ, na mesma obra (2007, p. 378), salienta que: “Energia e água são consideradas, hoje, direito humano inalienável. Como já se posicionou a jurisprudência constitucional de outros países democráticos (por exemplo, África do Sul), todo ser humano faz jus a uma quantidade mínima de água e energia, como serviços essenciais que são. Assim, o corte de água e energia, em especial para a população carente, pode, se não resguardado esse percentual básico, necessário à sobrevivência com um mínimo de dignidade, infringir um direito fundamental”.

protecionista presente no Código de Defesa do Consumidor em relação à infeliz disposição da Lei de nº 8.987/1995. Esta lei se ocupa, é preciso não esquecer, em caráter geral, do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, a teor do que dispõe o art. 175 da Constituição Federal. O seu artigo 6º, como mencionado, afirma não caracterizar descontinuidade a interrupção do serviço, após aviso prévio, decorrente de inadimplemento do usuário, desde que observado o interesse público.

De plano e da análise ainda perfunctória do dispositivo legal não é possível admitir o corte unilateral pela concessionária. É lição corrente no âmbito do Direito que a interpretação de normas que comportem a restrição de direitos deve ser o mais restritiva possível, não sendo razoável, onde o legislador não avançou, possa o intérprete ampliar as possibilidades de restrição. Naturalmente, a possibilidade de corte a que se refere o dispositivo é a que resulta de determinação da autoridade judicial em processo que ao usuário foi oportunizado o acompanhamento por meio de defesa técnica para pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Toda razão, pois, assiste ao eminente Des. Rizzatto Nunes ao afirmar não ser possível o corte senão por via judicial.

É de se acrescentar que a mesma Lei ao tratar das hipóteses de extinção do contrato de concessão somente o prevê unilateralmente por parte do Estado. Ao permitir a rescisão por iniciativa da concessionária, o seu art. 39, *caput*, esta Lei condicionou-a à via judicial, ou seja, em face do Poder Público, apenas por meio de ação judicial intentada com este fim será possível a rescisão do contrato⁹.

⁹ O parágrafo único desse mesmo dispositivo é igualmente elucidativo, ao asseverar que mesmo intentada a ação, somente após o seu trânsito em julgado será possível a interrupção dos serviços por ela concessionária prestados. Naturalmente que se assim o é na relação com a parte mais poderosa (Poder Concedente) assim também o haverá de ser com a parte mais frágil da relação, o usuário.

Por outro lado, causa perplexidade a expressão utilizada pela Lei para designar a pessoa inadimplente – usuário. É de se perguntar: ao assim se referir a Lei se reportava ao consumidor, em especial à pessoa física que utiliza a energia para fins residenciais? Temos defendido que mesmo o óbvio, em países com longo histórico de violação de direitos humanos como o nosso, precisa ser dito. É que ao tempo da publicação desta Lei estava em plena vigência e com larga aplicação o Código de Defesa do Consumidor, em que a categoria consumidor já era definida com grande margem de segurança. Em magistério bastante interessante, o parecerista Antonio Carlos Cintra do Amaral (2002) sustenta que usuário e consumidor não são as mesmas figuras jurídicas. O primeiro ostentaria um direito a um serviço adequado tanto em face da concessionária quanto do Poder Concedente cujo núcleo essencial seria regido pelo Direito Público; o segundo, o consumidor, teria direito apenas em face da concessionária, a existência do Estado nesta relação manifestaria cunho estritamente fiscalizatório e a regência ficaria a cargo do específico direito do consumidor. Para fundamentar seu ponto de vista, o Doutrinador colaciona dispositivo da Emenda Constitucional de nº 19/1998 (art. 27), em que, em plena vigência do CDC, é determinado ao Congresso Nacional a edição de Lei de Defesa do Usuário de Serviço Público. De fato, numa interpretação possível: ou usuário e consumidor são a mesma figura jurídica e a disposição do legislador é absurda, ou são sujeitos jurídicos distintos a atrair, para aquele, regramento particularizado. Reforça ainda essa tese o fato de que a Lei de nº 9.791/1999, ao acrescentar o art. 7º-A à Lei de Serviços Públicos (Lei de nº 8.987/1999), estabeleceu expressamente que as seis opções de data de pagamento de faturas devem ser ofertadas pelas concessionárias tanto ao usuário quanto ao consumidor. Claro, portanto, que da dicção da lei não são eles a mesma figura. A prevalecer esse entendimento,

que nos parece acertado, toda e qualquer interrupção do fornecimento de energia elétrica decorrente de inadimplemento do consumidor seria ilegal, pela razão óbvia de inexistência de previsão legal neste sentido¹⁰.

Cogitemos, porém, que ao tratar do usuário a Lei de Serviços Públicos tenha pretendido abranger também o consumidor. A solução ainda assim não pode ser outra. É que ao suscitar a possibilidade de interrupção do fornecimento do serviço em razão do inadimplemento, a Lei não pretendeu açambarcar as situações concretas em que a causa deste seja a condição, temporária ou não, de miserabilidade do usuário. E nem poderia, afinal a escassez de recursos financeiros coloca o indivíduo em verdadeiro estado de necessidade, não sendo possível exigir qualquer outra conduta que não a de prover alimentação e saúde, *stricto sensu*¹¹. O estado de pobreza não é algo que deva ser agravado ou objeto de discriminação pelo Estado. Como mencionado, em norma programática iluminada, a Constituição Federal ressaltou constituir objetivo fundamental de nossa República Federativa a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º CF). Permitir a suspensão nessas condições é, de um lado, aumentar o fosso de sua pobreza, privando o indivíduo – e sua família – do vital à sadia qualidade de vida (art. 225 CF); e, de outro, comprometer o organismo social, porquanto, a aludida privação propicia o surgimento de endemias e o comprometimento da própria segurança do consumidor e de sua família, gravames para os quais, de uma forma ou de outra, serão destinados recursos públicos que têm origem última na sociedade. Indiscutível, pois, que o melhor caminho é o da prevenção. Indubitavelmente, o que pretendeu

¹⁰ Observe-se que o art. 7º, *caput*, desta Lei atrai expressamente a incidência do Código de Defesa do Consumidor também para as relações estabelecidas com os usuários, certamente o fez com a finalidade de regramento provisório, até que a legislação específica para o usuário seja editada.

¹¹ Neste sentido, vide a Lei de nº 11.445/2007.

a Lei foi alcançar aquelas situações em que o inadimplemento, comprovado judicialmente sob o manto do contraditório e da ampla defesa, decorreu da negligência do usuário, que podendo não efetuou regularmente o pagamento das tarifas exigidas. Qualquer solução diferente exigirá que o indivíduo sacrifique a própria existência e a de sua família em nome da conta de luz.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, debatida neste trabalho, negligencia esses fatos para se preocupar com a “saúde” financeira da empresa, o que evidentemente fere por completo a razoabilidade e a técnica da ponderação de valores tão cara à moderna dogmática do Direito. E é justamente na noção de ponderação e de proporcionalidade (BARROSO, 2009, p. 304-305) que reside a única inteligência possível do disposto na LSP quando esta estabelece ser possível o corte desde que observado interesse público. A disposição legal não é das mais felizes. De fato, o conceito “interesse público”, em países com graves históricos de arbitrariedades e de abusos como o nosso, tem servido de apanágio para práticas escusas e de fundamento para violação de direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 35-47). O interesse coletivo, como expressão de uma vontade coletiva, geral, de um direito difuso, não resta dúvida, deve ser levado em consideração pelo aplicador do Direito quando da aplicação concreta de normas jurídicas. Ele, entretanto, expressa, apenas e tão somente, uma face do Estado Democrático de Direito. Opondo-se à decisão majoritária, ao interesse da maioria – ao interesse público –, estão os direitos fundamentais da criatura humana a cuja eficácia todos, Estado de sociedade, encontram-se constitucionalmente vinculados (JUSTEN FILHO, 2006, p. 45).

O próprio Celso Antonio Bandeira de Mello (2002, p. 50), destacado expoente da geração que teorizou o regime jurídico administrativo, manifestava preocupação

com o caráter por demais fluido da expressão interesse público. E de fato o grande e histórico esforço desse jurista resultou da necessidade de escoimar do âmbito do Direito Administrativo o personalismo patológico – infelizmente, assaz ainda presente – na forma peculiar de gerir a “máquina pública” no Brasil. Tratava-se, naquele momento primeiro, de extinguir a promíscua relação entre espaços públicos e privados a que tão brilhantemente se reporta Raimundo Faoro, no magistral e clássico *Os donos do poder*.

A má interpretação do postulado, porém, e a sua ínsita fluidez permitiram que a expressão interesse público passasse a ser utilizada, na prática, para justificar as mais injustificáveis condutas. Nem mesmo o avanço doutrinário – e hoje legislativo – de obrigatoriedade da motivação conseguiu extirpar, com relativo nível de segurança, o arbítrio e o abuso no seio da Administração Pública. Aliado a isso, o fenômeno da constitucionalização do Direito colocou no epicentro do ordenamento jurídico, não mais um “interesse público”, mas a prevalência e efetivação dos direitos humanos fundamentais. Administrativistas renomados passaram a rediscutir a utilidade e a prevalência, *a priori*, do denominado interesse público, sobretudo quando em rota de colisão estiverem direitos humanos fundamentais que também, e por sua vez, paradoxalmente, integram a noção ampla de interesse público¹². Daí a necessidade de utilização do postulado da ponderação como mecanismo de sopesamento de interesses/direitos conflitantes. Eventual prevalência do “interesse público” somente

12 Em belíssima tese, Gustavo Binenbojm leciona: “Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de *interesse público*, como conjunto de ‘interesses gerais’ que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através da ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judicial do Direito). O que se está a afirmar é que o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação de interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a *afirmação* do interesse prevalecente em dado confronto de interesses é procedimento que *reconduz* o administrador público à interpretação do *sistema de ponderações* estabelecido pela Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar o seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever da proporcionalidade” (2008, p. 105). A este respeito vide também Daniel Sarmento (2006, p.267-325).

é verificável, à luz do caso concreto, como resultado de complexo processo de ponderação entre interesses e direitos conflitantes, isto é, a partir do sopesamento das circunstâncias fáticas e normativas incidentes.

Pois bem, é exatamente essa compreensão inadequada do que efetivamente significa a expressão “interesse público” contida no dispositivo legal que, entre outros elementos, levou a Corte Federal a admitir o corte mesmo que em detrimento da existência de direitos humanos fundamentais em vias de sacrifício. Ao fazê-lo, esquece-se de que a finalidade fundamental dos direitos é servir como garantias contra-majoritárias, cláusulas de tutela inatingíveis, em sua totalidade, por decisões que, a pretexto de democráticas, aniquilem seu núcleo essencial ou comprometam significativamente sua eficácia (ALEXY, 2008, p. 447). Mais do que o “interesse público”, como da dicção literal da lei, o que se pretende é que a satisfação patrimonial, e meramente patrimonial da concessionária, não ocorra às custas do sacrifício de direitos humanos fundamentais, notadamente da plena efetivação do postulado jusfundamental da dignidade humana em sua acepção substantiva, concreta. Esse é o único sentido possível para a expressão “interesse público” utilizada pela Lei: sopesamento dos interesses estritamente financeiros da entidade prestadora do serviço público essencial de energia elétrica e da efetividade de direitos fundamentais.

Ora, como muito bem identificado por Cláudia Lima Marques na citação aludida, o corte no serviço de energia elétrica não tem outra finalidade senão compelir o consumidor a adimplir suas dívidas perante a concessionária. O objetivo não é a extinção do contrato, mas seu adimplemento¹³. Se assim o é, a pergunta

¹³ Para o STJ o corte não gera nenhum tipo de constrangimento. O conhecimento mais próximo da sociedade e das aflições das camadas mais desfavorecidas descortina uma realidade bem mais dura. O corte denuncia a todos a situação de miserabilidade porque passa a família

formulada no julgado não apenas perde relevância como o próprio sentido. A questão não está em saber se é “lícito ao vendedor de energia elétrica cortar o fornecimento deste bem, quando o consumidor hipossuficiente deixa de pagar o respectivo preço”. A pergunta pertinente passa a ser outra: é este o meio, do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, mais adequado para cobrança de débitos decorrentes da prestação do serviço de energia elétrica? Ou ainda: a medida administrativa de corte bem como a previsão legislativa respectiva resistem ao exame da proporcionalidade?

Num Estado Democrático de Direito toda e qualquer restrição a um direito humano fundamental, ancorada na Constituição, deve ser realizada a partir do sopesamento das circunstâncias fáticas e normativas incidentes ao caso concreto. É justamente a proporcionalidade, enquanto técnica de solução de conflitos/colisões, que permitirá, ao aplicador do Direito, o alcance da justa medida, isto é, da restrição que, sem aniquilar o núcleo essencial de um direito¹⁴, efetive em maior extensão um outro igualmente presente e em oposição no caso concreto. Reside, pois, na proporcionalidade a calibração adequada entre o princípio majoritário – princípio democrático – e as garantias contra-majoritárias – os direitos humanos fundamentais. Para tanto, são apresentadas pela moderna dogmática do Direito três fases a serem observadas quando da imposição de alguma medida restritiva de direito. Na primeira, é verificado se o meio proposto é idôneo à promoção do fim perseguido; na segunda, é considerada a necessidade da medida, indaga-se se a medida restritiva é de fato indispensável; por fim, na terceira fase, é verificado se os fins colimados

inadimplente e de forma extremamente grosseira faz saltar aos olhos da vizinhança o drama social daquele núcleo familiar.

¹⁴ Sem que se pretenda aqui avançar na interessante discussão acerca do que seria o “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, saliente-se apenas que com essa expressão se pretende que um mínimo de eficácia seja mantida ainda que incidente e inafastável uma restrição constitucionalmente admitida.

justificam a restrição imposta a um determinado direito fundamental¹⁵.

Submetendo a previsão normativa (art. 6º da LSP) – e mesmo o ato administrativo da concessionária – que possibilita o corte, ao crivo da proporcionalidade, verifica-se que a medida é desproporcional. O fim colimado, não resta dúvida, é a satisfação financeira do credor, objetiva-se com o corte o adimplemento da dívida resultante, em tese, do consumo regular de energia elétrica. A própria pergunta formulada no julgado (“- É lícito ao vendedor de energia elétrica cortar o fornecimento deste bem, quando o consumidor deixa de pagar o respectivo preço?”) evidencia que a permissão legal para o corte, hoje sob a chancela da jurisprudência do STJ, não possui outro objetivo senão o pagamento da fatura pelo usuário.

A previsão normativa – e o ato administrativo de corte que dela decorre – esbarra, preliminarmente, no exame da adequação, isto é, esse meio não é idôneo para realização do desiderato. Suspender o fornecimento não fará com que o consumidor hipossuficiente inadimplente pague suas faturas. O inadimplemento não está a resultar de negligência – quanto então a medida propiciaria os fins desejados –, mas da inexistência de recursos financeiros. Na prática, porém, após a realização do corte, é comum ocorrer o pagamento pelo consumidor hipossuficiente¹⁶. Doações, empréstimos, contribuição de parentes e amigos e, às vezes, ao sacrifício de outros direitos, é efetuado o pagamento da fatura. Cogitemos, então, que em significativa parcela dos casos, o

15 Lecionando acerca do tema, esclarece Humberto Ávila (2011, p. 174-175): “O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver um *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito)”.

16 Por honestidade, diga-se que não é raro se deparar com casos em que o profissional da Defensoria, e de outros ramos do Sistema de Justiça, talvez constatando que a via do debate judicial é tão mais longa quanto penosa para o assistido, retira do próprio bolso o valor necessário ao adimplemento da fatura de energia elétrica daquele que mal tem o que comer.

fim esperado seja alcançado pela medida. Ainda assim, a medida é desproporcional.

É que a medida é desnecessária considerando a existência de outra, inclusive mais segura, o contraditório judicial de que também faça parte o Estado. O corte, na hipótese de hipossuficiência aqui tratada, por si só não garante o pagamento do débito. O contraditório judicial do qual também faça parte o Poder Concedente garante, sendo lícito o débito, o adimplemento, senão pelo consumidor hipossuficiente, pelo Estado. Evidencia-se assim que existe outra medida igualmente adequada, menos restritiva a direitos e também mais segura, que melhor atinge o fim colimado. Além de inadequada, portanto, a medida é desnecessária, desproporcional (ÁVILA, 2011, p. 182). Em todo caso, porém, ainda que superados esses dois, a medida esbarraria no exame seguinte.

De fato, é na proporcionalidade em sentido estrito que se verifica com maior evidência os efeitos deletérios da medida. É que em nome da satisfação de um crédito compromete-se a efetivação da própria dignidade humana. Mais uma vez com Humberto Ávila (2011, p. 185), é preciso perguntar: o grau de importância da promoção do fim (direito de crédito da empresa) justifica o grau de restrição causada a direitos fundamentais (saúde, alimentação, sadia qualidade de vida, segurança, enfim dignidade humana)? As vantagens causadas pela promoção do fim (direito patrimonial) são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção dos meios (comprometimento da dignidade humana)? É a esse interesse que a lei chamou de “interesse público”? Não, definitivamente não é para chancela de tais violações que se presta o Direito¹⁷. A resposta

17 A proporcionalidade, desenvolvida sobretudo pela doutrina e pela jurisprudência constitucional alemãs, com base na construção prussiana setecentista de proporcionalidade no *Polizeirecht*, especialmente na aplicação de pena e no exercício do poder de polícia, é regra hoje inspirada tanto no conceito de Estado de Direito, quanto na estrutura ou essência dos direitos



nos conduz à vedação ao corte condensada no art. 42, do CDC, que impede, na cobrança de débitos, meios que coloquem o consumidor em situações de constrangimento ou de ameaça ou que lhe exponham ao ridículo. Caminha-se, nesta perspectiva, para humanização do conflito em torno do fornecimento de energia elétrica.

6. O CONTRADITÓRIO JUDICIAL DE QUE FAÇA PARTE O ESTADO BRASILEIRO: UMA PROPOSTA PARA HUMANIZAÇÃO DO CONFLITO EM TORNO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA

Desse modo, a humanização do conflito em torno do fornecimento energia elétrica passa, de um lado, pelo reconhecimento de que o acesso a esse serviço é um direito fundamental da criatura humana (senão autônomo, pelo menos, como expressão substantiva do princípio fundamento da dignidade humana) e, de outro, pela pertinência subjetiva do Estado na demanda em que se objetiva o corte. A insuficiência do tratamento, em regra, dado pela Jurisprudência e Doutrina ao tema, não se releva apenas por restringir o conflito à oposição entre a LSP e o CDC, mas também por não reconhecer a existência de um direito a que o Estado está constitucionalmente obrigado a efetivar. O reconhecimento do acesso ao serviço de energia elétrica como direito fundamental resulta, do ponto de vista formal, da cláusula constitucional de abertura prevista no art. 5º, §2º da CF; e, do ponto de vista material, da constatação de que

fundamentais, orientada para solução de conflitos de direitos. Essa regra é desdobrada em três máximas: de adequação ou instrumentalidade (*Geeignetheit, Tauglichkeit*), entendida como aptidão, em tese, para o meio escolhido pelo legislador promover ou produzir o resultado pretendido; de necessidade (*Erforderlichkeit, Notwendigkeit*), que obriga a se optar por aquele menos oneroso ou mais benéfico (*Gebot des mildesten Mittels*) ao direito restringido, importando na imprescindibilidade e infungibilidade do meio escolhido; e proporcionalidade em sentido estrito (*Abwägung, Proportionalität*), que demanda do legislador um sopesamento de importância entre os direitos, bens, valores ou interesses em conflito (ALEXY, 1993:111 et seq.). (destacou-se) (SAMPAIO, 2003, p. 62.)

os padrões de conforto e de sobrevivência digna alcançados por determinada sociedade devem ser assegurados, em sua acepção básica, a todos os seus integrantes¹⁸.

Para garantir indistintamente o acesso aos padrões atuais de uma vida digna, ao Estado incumbe duas ordens de ações: uma de viés não-intervencionista; e, outra, de cunho notadamente prestativo. De fato, tanto os direitos fundamentais tradicionalmente chamados “de defesa” quanto os “de prestações” manifestam-se na realidade concreta sob as faces tanto de um “direito a ações” como um “direito a não-intervenções”, daí porque se dizer que sua divisão é muito mais didática do que efetivamente estrutural (ALEXY, 2008, p. 280 e sgs.). Assim se verifica com o direito de acesso ao serviço público essencial de energia elétrica, enquanto feixe de posições jurídicas que não apenas devem ser protegidas como potencializadas em máxima eficácia (ALEXY, 193-208).

Numa dimensão negativa, essas posições garantem ao seu titular que ações estatais ou de particulares não embarquem ou dificultem a plena fruição do serviço público essencial. Eventual restrição a essa posição jurídica fundamental haverá de ser validada pela Constituição e efetivada sob o postulado da proporcionalidade segundo os parâmetros já mencionados.

Numa dimensão positiva, de prestação, elas impõem ao Estado, seja diretamente seja através de seus agentes delegatários, a promoção ampla de acesso e de garantia de continuidade do serviço público essencial. É dessa dimensão que resulta a relação adrede desconsiderada – Poder Concedente e cidadão.

18 Tratando do princípio da proibição de retrocesso, esclarece Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2011, p. 199): “É importante lembrar que o princípio em tela é, acima de tudo, um avanço na busca de patamares mais justos e dignos de vida material. Justifica-se. A proibição de retrocesso impede que direitos sociais já disciplinados e garantidos pela legislação infraconstitucional e implementados através de ações e programas de políticas sociais sejam, ao alvedrio dos poderes públicos, extintos configurando o *vácuo do direito*. Grifos da autora.

Essa concepção de acesso à energia elétrica, parece-nos, mais consentânea com o sistema constitucional brasileiro, na medida em que permite a publicização do conflito em torno da inadimplência quando decorrente da hipossuficiência. É bem verdade, que ainda que se entendesse tratar-se de conflito eminentemente privado, cuja solução seria construída exclusivamente sob a égide das “leis de mercado”, pautados pelo exercício pleno e consciente da autonomia dos sujeitos envolvidos (que muito bem se insere na lógica neo-liberal, infelizmente ainda prevalecente no Direito), haver-se-ia de reconhecer a incidência das disposições constitucionais que estabelecem os princípios gerais da ordem econômica, mormente quando estes, no caput do art. 170, estabelecem os seus fundamentos – valorização do trabalho humano e livre iniciativa – e os seus objetivos – a todos garantir uma existência digna, conforme os ditames de justiça social.

Entretanto, é imperioso reconhecer-lhe a natureza pública, por se tratar de questão a que o Estado precisa assumir a cota de responsabilidade que lhe compete na efetivação do projeto de justiça social preconizado pelo Constituinte de 1988. A incidência do interesse público, no presente caso, somente pode indicar a necessária pertinência subjetiva do Estado neste tipo de relação jurídica de modo a garantir não a supremacia absoluta e apriorística do interesse público, mas o resguardo das condições materiais mínimas de uma existência digna. Não se olvide que é o Estado o titular do serviço, é ele portanto o sujeito passivo primeiro da relação jurídica consistente no direito do indivíduo de ter acesso ao serviço público essencial. Antes do concessionário, mero delegatário da prestação do serviço, é contra o Estado que se volta a pretensão do titular do direito fundamental de acesso ao serviço de energia elétrica. O intenso – e sob alguns aspectos, desastroso – processo de “modernização” porque passou o aparelho estatal brasileiro na final da década de 1990,

sobretudo com o processo de “descentralização” por meio das chamadas agências reguladoras, não pode servir de apanágio para que o Estado transfira ao particular (concessionária) uma responsabilidade que por expressa dicção constitucional é sua e que historicamente jamais foi assumida a contento.

O modelo de gestão por meio da delegação a particulares e consequente fiscalização da prestação do serviço por meio de agências (neste caso Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL) não elide de modo algum a responsabilidade que é antes de tudo do Estado pela prestação do serviço essencial. Responsabilidade essa que, para grupos vulneráveis, hipossuficientes economicamente, deve assumir o contorno de seguridade social, amparo que a todos, independentemente de contribuição, deve assistir, conforme se depreende do disposto no art. 203 da CF. Ao desconsiderar esse aspecto da relação jurídica em torno do fornecimento de energia elétrica, o Superior Tribunal de Justiça “esqueceu-se” de que a promoção da dignidade de todos os seres humanos e a dimensão substantiva da igualdade, impõem ao Estado – e não a um particular –, por expressa determinação constitucional, graves compromissos tanto de cunho “não-intervencionista” quanto de “prestação”.

Não compreendemos seja mais possível o Estado brasileiro, que se pretende democrático e de direito – e porque não dizer de bem estar social! – fazer o mais uma vez o papel de *Pôncio Pilatos*. Impende que ele assuma sua responsabilidade no resgate aos grupos historicamente marginalizados e faça cumprir os mandamentos constitucionais que determinam a erradicação da pobreza e o combate e toda e qualquer forma de exclusão social (art. 1º e 3º da CF, principalmente). Bem se vê que o infeliz argumento utilizado no julgado (e em muitos outros) de que à concessionária não cabe fazer benemerência para desempregados não se assenta em bases sólidas. O argumento não é

infeliz apenas porque desconsidera a cláusula geral de solidariedade¹⁹ que a todos, Estado e sociedade, vincula, mas, fundamentalmente, porque negligencia o papel que deve ser assumido pelo Poder Concedente num Estado Democrático de Direito.

Se se trata de relações privadas, travadas a partir de uma situação fática pautada pela igualdade material ou pelo menos pela auto-suficiência econômica de parte mais fraca da relação jurídica e – mais ainda – se se trata de direitos disponíveis – não é razoável exigir a manutenção da prestação de um serviço ao inadimplente. A hipótese, porém, tratada neste trabalho é bem diferente. Trata-se da efetivação de um direito fundamental de acesso a um serviço que é condição necessária para uma existência digna. O que se pretende não é a consolidação da inadimplência. A presença do Estado no pólo passivo da demanda, seja promovida pelo concessionário seja pelo consumidor, ainda que a título de denúncia à lide, possibilitará que este arque com o custeio da manutenção de um serviço público mínimo, de modo a garantir o funcionamento de uma residência parcamente mobiliada de eletrodomésticos, “benemerência” que do ponto de vista constitucional constitui seu impostergável dever.

Do mesmo modo, resta superado também o argumento de previsão utilizado pelo STJ de que a inadimplência do consumidor em estado de miserabilidade levaria a uma reação em cadeia na qual ninguém mais pagaria a conta de luz e, em pouco tempo, a concessionária iria à falência e restaria comprometida toda a prestação do serviço público essencial. É curioso perceber que o julgado, nem mesmo no voto do

19 Tratando ressaltando que a Constituição brasileira, além de garantidoras de direitos fundamentais, é também uma constituição social, esclarece Daniel Sarmento (2006, p. 286): “Na Consituição brasileira, a igualdade não é só um limite, mas antes uma meta a ser perseguida pelo Estado, justificadora de enérgicas políticas públicas de cunho redistributivo, que podem gerar forte impacto sobre direitos patrimoniais de particulares. A solidariedade também deixa de ser apenas uma virtude altruística, promovida por pontuais ações filantrópicas, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações inclusive na esfera privada, e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais”.

Relator, aponta, em elementos processuais, as razões de seu convencimento acerca do risco de falência da empresa. É de se dizer, não há a prova [pelo menos não se indicou a folha dos autos] de que alguém já tenha deixado de pagar energia porque o vizinho é beneficiado por algum programa social, ou simplesmente tenha deixado de pagar a conta. E mais grave. Não há qualquer indicação no julgado do *quantum* de perdas da concessionária em razão de inadimplência do consumidor de baixa renda, isto é, não são apresentados dados, estatísticas e planilhas indicativas do quanto efetivamente significa essa inadimplência para o orçamento da concessionária. Que a inadimplência gera um ônus econômico à empresa, não resta dúvida. Mas qual a relevância desse ônus? O que ele significa em termos de comprometimento financeiro da entidade? Não estaria ele englobado pela estimativa de perda e risco utilizado na elaboração da tarifa pela qual todos pagam?²⁰ Esses elementos não deveriam ser provados pela concessionária durante o processo?²¹

Ademais, a pertinência subjetiva do Estado brasileiro na demanda em torno do acesso ao serviço básico de energia elétrica faz superar o argumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, tantas vezes levantado como óbice à proibição do corte unilateral. É que a aludida equivalência é oponível ao Estado – Poder Concedente – e não ao particular, sobretudo aquele em condição de miserabilidade. Trata-se cláusula específica do contrato de concessão e que, naturalmente, deve ser observada pelo Estado, assumindo a

20 Fabrício Bolzan (2008, p. 178-179) levanta ainda interessante argumento segundo o qual o corte unilateral viola a vedação de que a responsabilidade pelo débito restrinja-se ao devedor. Com o corte não apenas o devedor, mas toda a família é privada do serviço público essencial. O Ministro José Delgado, no julgado do RE 363.943-MG, em voto-vista divergente, menciona ainda a possibilidade de a concessionária valer-se de contrato de seguro para precaver-se de eventuais prejuízos decorrentes da inadimplência.

21 Naturalmente a via eleita para manifestação do interesse da consumidora no julgado referência neste trabalho é por demais estreita para fins probatórios. Entretanto, mesmo em outros processo em que esta restrição processual não existe o entendimento foi mantido, a exemplo do RESP 596320/2006.

responsabilidade que lhe compete e arcando com os custos da manutenção de um serviço mínimo que garanta a dignidade de uma família hipossuficiente.

No Estado do Maranhão, o Programa Viva Luz garante a gratuidade do fornecimento de energia elétrica para aqueles consumidores cujo faturamento residencial não ultrapasse 50 kWh mensais²². A União, por sua vez, também possui programa específico voltado para consumidores de baixa renda²³. Aludidas ações, entretanto, não exaurem a responsabilidade do Estado brasileiro, seja porque nem sempre a pessoa hipossuficiente tem acesso a essa informação seja porque a concessionária raras vezes observa que a inclusão nelas decorra de um dado objetivo: consumo abaixo dos limites fixados na leis concessivas do benefício.

Ademais, a leitura cumulativa de vários meses, defeitos técnicos no medidor, instalações elétricas internas da residência em condições precárias podem apontar para um consumo irreal fazendo com que o consumidor hipossuficiente seja excluído do rol de beneficiado pelo programa. A licitude da cobrança também constitui interesse público porque deve velar o Estado, fiscalizando os meios de cobrança utilizados pela concessionária.

Em verdade, o corte, na solução aqui proposta, continua possível, porém, por vias muito mais seguras e democráticas, o que humaniza o conflito em torno do fornecimento de energia elétrica e impede a perpetuação de ilegalidades. Como lembra Ferrajoli (2011, p. 108), em lição de extraordinária beleza, a satisfação (observância e promoção) de direitos fundamentais (inclusive sociais básicos ligados à sobrevivência - acrescentamos, como o é o de energia elétrica) é também condição para efetivação da paz, tanto no plano interno quanto internacional, a que se reporta a Declaração

²² Trata-se da Lei Estadual nº 9.085, de 16 de dezembro de 2009.

²³ A este respeito ver: Lei de nº 12.212/2010.

Universal dos Direitos Humanos de 1948.

É chegada a hora de reconhecer neste conflito a existência de direito titularizado pelo cidadão beneficiário do serviço essencial e de “convidar” o Estado brasileiro a desempenhar seu papel na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º CF).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, poucos têm sido os avanços realizados pelo Estado brasileiro para promoção da igualdade do ponto de vista material. Os gigantescos fossos sociais, ainda tão latentes, reclamam do operador do Direito olhar diferenciado quando se trata de ações, normativas ou executivas, que de alguma sorte imponham restrição a direitos de grupos vulneráveis.

Assim se verifica com a (im)possibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica quando a inadimplência resulte da hipossuficiência do consumidor. Não se admite mais possa um cidadão, por ser miserável, encontrar-se privado dos elementos básicos a uma vida digna, sob pena de se negar o próprio sentido de existência do Estado e da justiça redistributiva.

Aqui, buscou demonstrar que o acesso ao serviço público essencial de energia elétrica constitui um direito fundamental da criatura humana oponível não apenas à concessionária, mas ao próprio Poder Concedente. A restrição a esse direito, ainda mais através do corte, somente é possível se, por meio do contraditório judicial com a presença do Estado e do cidadão acompanhado de defesa técnica, à luz do postulado da proporcionalidade, restar demonstrado que a inadimplência decorre de negligência do consumidor. O estado de pobreza não pode ser óbice a que o indivíduo tenha acesso às condições mínimas para uma existência digna. É a postura que se espera dos operadores de um ordenamento jurídico que se pretende democrático e de direito.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário do serviço público e consumidor**.

ANEEL. **Resolução de nº 414/2010**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>. Acesso em 20/07/2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e Direitos Fundamentais** (2006, p. 26). In: **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Organizadores Daniel Sarmento e Flávio Galdino, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 363943-MG/2004, RECURSO ESPECIAL Nº 848.784 - RJ (2006/0103580-0), RECURSO ESPECIAL Nº 1.284.741 - SP (2011/0234070-4) e AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 116.567 - RS (2011/0271885-3) Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/pesquisa_revista_eletronica.asp, Acesso em: 25 junho. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 15/07/2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris Editora, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais**. In: **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Organizadores Daniel Sarmento e Flávio Galdino, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO. Disponível em: <http://www.dpe.ma.gov.br/dpema/LocaisAtendimentoInterior.php?cat=7&subcat=11>. Acesso em 20/07/2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e**

dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais: Releitura de uma Constituição Dirigente**. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.

GRINÖVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentários pelos autores do anteprojeto**. Volume I. 10ª Ed. Rev., atualizada e reformulada. Rio de Janeiro Forense: 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª Ed. Paraná: Ed. Saraiva, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

MARINELA, Fernanda & BOLZAN, Fabrício. **Leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública**. Salvador: Jus Podium, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. In Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. 3ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2002.

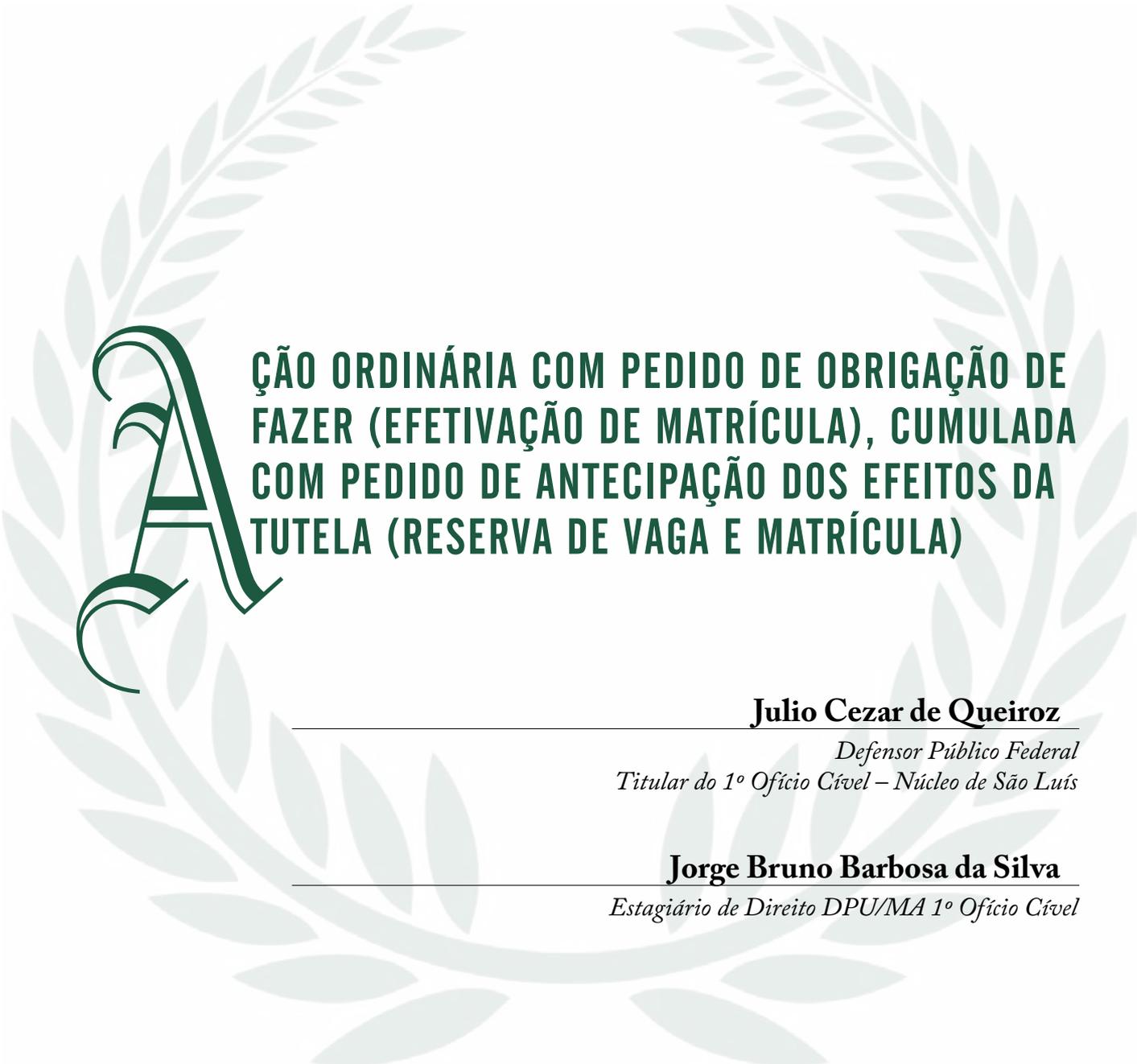
NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINTO, Antonio Luis de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. **Vade Mecum: Código civil**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, DANIEL. **Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos**. In: **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Organizadores Daniel Sarmento e Flávio Galdino, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.



AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (EFETIVAÇÃO DE MATRÍCULA), CUMULADA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA (RESERVA DE VAGA E MATRÍCULA)

Julio Cezar de Queiroz

*Defensor Público Federal
Titular do 1º Ofício Cível – Núcleo de São Luís*

Jorge Bruno Barbosa da Silva

Estagiário de Direito DPU/MA 1º Ofício Cível

URGENTE

MATRÍCULA SISU 2015.2

_____, brasileira, solteira, estudante, menor relativamente incapaz, inscrita no Registro Geral sob o nº. 000000000000 SSP/ MA e no Cadastro de Pessoas Físicas sob o nº.000.000.000-00, residente e domiciliada na Rua 00; QD 00; nº 0 A; – nesta cidade, assistida por sua mãe, **DULCELI SILVA PEREIRA**, brasileira, união estável, do lar, inscrita no RG 000000000, e CPF 000.000.000-00, vem, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, apresentada neste ato por seu agente ao fim assinado, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, ajuizar

AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (EFETIVAÇÃO DE MATRÍCULA), CUMULADA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA (RESERVA DE VAGA E MATRÍCULA)

em face da **UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA**, fundação integrante da Administração Pública Indireta Federal (União), com sede na Av. dos Portugueses, 1.966, Campus do Bacanga, com base nos argumentos fáticos e jurídicos a seguir aduzidos.

1. DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA E DAS PRERROGATIVAS DOS DEFENSORES PÚBLICOS FEDERAIS

Inicialmente, a autora requer os benefícios da **Justiça Gratuita**, por não poder arcar com as custas e despesas do presente processo sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família, com esteio no artigo 4º da Lei nº. 1.060/50.

Pleiteia, outrossim, pela observância das **prerrogativas dos Defensores Públicos Federais**, previstas na Lei Complementar nº. 80/1994 e demais diplomas legais, especialmente no que tange à **contagem em dobro dos prazos processuais** e à **intimação pessoal, inclusive com carga dos autos, de todos os atos do processo (artigo 44, I, da LC 80/94)**.

2. SÍNTESE DOS FATOS

A Senhorita **Jéssica Silva Pereira** foi aprovada no Exame Nacional do Ensino Médio, SiSU 2015.2, para o curso Engenharia Química (Bacharelado) turno integral, da Universidade Federal do Maranhão, dentro do número de vagas reservadas aos alunos egressos de escolas públicas.

Atualmente, a demandante está cursando o Terceiro Ano do Ensino Médio no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Estado do Maranhão, de modo que não logrou obter o certificado de conclusão do ensino médio, necessário à realização da matrícula, ou, tampouco, uma declaração de que já cursou 75% (setenta e cinco por cento) do Terceiro Ano.

Assim, ao dirigir-se à UFMA para efetuar sua matrícula, a assistida teve-a recusada, tendo em vista que não pôde apresentar o certificado de conclusão do ensino médio, um dos documentos requeridos para efetivação da matrícula.

Vale ressaltar que a assistida estuda no IFMA o curso de Técnico em Química, e sempre obteve altíssimo aproveitamento nas disciplinas de Química (Orgânica, Analítica, Geral...). Para ilustrar, conforme se observa do histórico escolar em anexo, no primeiro semestre de curso, sua nota final em Química Geral foi 9,9, isto é, 99% (noventa e nove por cento) de aproveitamento. No semestre seguinte, novamente obteve alta nota, 95% (noventa e cinco por cento) de aproveitamento. É em virtude desse alto aproveitamento na Química e do intenso interesse que nela a assistida possui, que esta decidiu por fazer graduação em Engenharia Química.

Ademais, o rendimento na disciplina de Química, acima mencionado, e na de Matemática (aproveitamento de 90%), além de sua aprovação no ENEM, demonstra que a autora está plenamente capacitada para ingressar na graduação de Engenharia Química.

Por outro lado, de frisar que, no presente momento, o corpo de servidores da Universidade Federal do Maranhão, docentes e pessoal técnico-administrativo, encontra-se em greve por tempo indeterminado, já tendo sido afirmado que o calendário acadêmico de 2015.2 deverá ser reestruturado, ante a imprecisão de quando se dará o início das aulas do segundo semestre letivo. Nesse sentido, as aulas que deveriam começar em 18.08.2015 – cf. calendário acadêmico 2015 –, poderão começar em setembro, outubro, ou mesmo novembro.

No ano de 2012, quando foi realizada a última greve na IES, o segundo semestre letivo somente teve início em 12 de NOVEMBRO de 2012, quase seis meses após a deflagração do movimento (21 de maio de 2012).

Sendo assim, diante da impossibilidade de solução do ocorrido na esfera administrativa, passe-se a demonstrar os motivos fáticos e jurídicos que fundamentam a pretensão da autora, conforme se verá doravante.

3. DOS ARGUMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS

3.1. Do direito à educação

A Constituição Federal estabelece o direito à educação como um direito fundamental social assegurado a todas as pessoas, ao qual está obrigado o Estado Brasileiro em colaboração com a sociedade, nos termos dos artigos 6º e 205, da Constituição Federal, senão vejamos:

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

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A Lei nº 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prescreve a educação como “*dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, cuja finalidade é o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” (art. 2º).

O ensino superior, nos termos da referida Lei nº 9.394/96, tem como finalidade, entre outras, “*formar diplomados nas diferentes áreas*

de conhecimento, aptos para à inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua” (art. 42, II), e será “ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização” (art. 45).

A Carta Maior quando se refere ao direito de acesso à Universidade, menciona que **o ingresso aos níveis mais elevados do ensino será obtido segundo a capacidade do aluno**. Nos exatos termos a seguir:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Percebe-se, pois, que **o critério que se depreende do texto constitucional é meritório**, isto é, se o indivíduo demonstra que possui a capacidade para ingressar no ensino superior, poderá fazê-lo. Tal demonstração dá-se, via de regra, pela submissão dos estudantes aos vestibulares, e atualmente, ao Exame Nacional do Ensino Médio. Obtendo a nota suficiente à aprovação na Universidade, o indivíduo demonstra que possui a capacidade para aceder ao ensino superior.

Destarte, percebe-se que a exigência de conclusão do ensino médio se trata de requisito dispensável, se for possível aferir no caso concreto que o candidato demonstrou sua capacidade para ingressar na Universidade.

Nesse sentido, em decisão recente (09.07.15), o Tribunal Regional Federal de 1ª Região decidiu em favor de assistido dessa DPU:

Não se pode olvidar que a formação escolar do ensino médio tem por finalidade habilitar o estudante para ingressar no ensino superior e, se, na hipótese dos autos, esse estudante já revelou conhecimentos suficientes para ingressar na universidade, habilitando-se no respectivo processo seletivo, que o qualificou para o curso universitário, há de se lhe deferir

a tutela postulada, no sentido de garantir-lhe o acesso à universidade, enquanto realiza a exigência legal de conclusão do ensino médio, que deverá ser concluída e comprovada essa conclusão, durante a realização do curso universitário.

(TRF-1 – AI nº 35948-13.2015.4.01.0000/MA – Relator Juiz Federal (convocado) Márcio Barbosa Maia. Data do julgamento: 09.07.2015)

No Agravo de Instrumento acima, interposto pela DPU-MA em caso semelhante ao presente, o Juiz Federal convocado ao TRF-1 reconheceu o direito do assistido a ser matriculado no curso para o qual foi aprovado, considerada a sua aprovação meritória.

Em adição, colaciona-se trecho de decisão proferida ontem (21.07.15) nos autos do Mandado de Segurança 79449-72.2015.4.01.3700, da lavra do eminente magistrado federal Clodomir Sebastião Reis:

[...]

Em casos deste jaez, o direito à educação (CF/88, art. 6º) reclama tratamento compatível com sua dignidade constitucional, devendo ser utilizado como paradigma para o enfrentamento de questões em que esse direito possa ser mutilado.

Nesse contexto, não se pode olvidar que o processo seletivo avaliou todos os candidatos em igualdade de condições, visando encontrar os mais capacitados, adotando como único critério valorativo a erudição.

Ante esse cenário, à vista da iminência de dano irreversível, com a possibilidade de convocação de outro candidato e, assim, de total aniquilamento do direito do Impetrante na hipótese de concessão da segurança, **deve ser preservada a vaga conquistada pelo Impetrante no processo seletivo**.

(Trecho de Decisão liminar proferida nos autos do MS 79449-72.2015.4.01.3700. Juiz Federal CLODOMIR SEBASTIÃO REIS – 3ª Vara Federal. Data de julgamento: 21.07.2015)

Patente, pois, o reconhecimento da jurisprudência em prol da pretensão da assistida.

Ressalte-se, por fim, que, embora o administrador esteja pautado na legalidade, mesmo os atos vinculados precisam observar aquilo que está disposto na Constituição Federal. Trata-se, no dizer de Juarez Freitas, do direito fundamental à boa administração pública.

Segundo o douto jurista, atos administrativos vinculados, antes mesmo de estarem submetidos à lei, estão submetidos aos ditames constitucionais, o que importa em dizer que não há mais falar em uma vinculação cega do administrador, mas em uma vinculação com a lei e, também, com aquilo que é apregoado na Constituição.

Se a Carta Maior estabelece que o requisito para ingresso nas Universidades é meritório, assim deve sê-lo.

3.2. Da greve dos servidores da UFMA

No caso de Vossa Excelência entender que o requisito da conclusão do Ensino Médio é indispensável para o acesso ao Ensino Superior, cumpre atentar para outro fator.

Mês passado foi deflagrada greve dos servidores técnico-administrativos e professores da UFMA, de modo que, embora estejam efetuando as matrículas dos novos alunos, o início do segundo semestre letivo resta indefinido, sem data escolhida para retomada das aulas no período 2015.2.

Desde o dia 10 de junho as atividades dos servidores da Universidade estão paralisadas, inclusive estes fizeram um ato público na entrada do Campus Bacanga, em 19.06.2015, impedindo a entrada nas dependências do *campus*.

Conforme consta no endereço eletrônico da APRUMA:

NOTA DA APRUMA SOBRE INÍCIO DA GREVE NA UFMA

Seção Sindical do ANDES – SN (Sindicato Nacional Dos Docentes das Instituições de Ensino Superior) informa à comunidade universitária, e à comunidade em geral, que a assembleia de professores realizada nesta terça-feira, 2 de junho de 2015, deliberou pela **deflagração de greve por tempo indeterminado a partir da próxima quarta-feira (10) na Universidade Federal do Maranhão.**

A deliberação segue orientação do ANDES – SN que orientou pela paralisação em nível nacional. A greve acontece ao mesmo tempo em várias universidades e institutos federais nas categorias de técnicos administrativos e de professores.

Na UFMA, os técnicos administrativos deliberaram por greve a partir do dia três de junho.¹

A paralisação dos servidores tem considerável repercussão no presente caso, isto porque o fato de estarem paralisados por tempo indeterminado pode fazer com que o segundo semestre letivo somente venha a começar para além de setembro deste ano, considerando que, após a retomada dos servidores, ainda será necessário algum tempo para finalização do primeiro semestre.

Em 2012, por exemplo, quando foi realizada a última greve, o período letivo 2012.1 somente acabou em 27 de outubro, e o segundo semestre letivo (2012.2) começou em 12 de novembro.

Nada garante que mais ou menos o mesmo não possa acontecer este ano. Isso interfere na resolução da presente demanda porquanto, até que sejam retomadas as atividades normais na Universidade ré, a autora já poderá ter completado a carga horária de 75% do ensino médio, necessária ao ingresso na IES. Ou mesmo poderá até ter finalizado o Terceiro Ano.

Assim, seria demasiado precoce, ou mesmo intempestivo, que fosse proferida uma decisão liminar indeferindo o pedido de matrícula ou de reserva de vaga, já que se poderá perceber, **dentro**

¹ Disponível no endereço <http://www.apruma.org.br/index.php/component/content/article/54-noticias/notas-da-diretoria/1090-nota-da-apruma-sobre-inicio-da-greve-na-ufma>

de alguns meses, que a Srta. Jéssica Pereira terá completado a carga horária necessária à sua matrícula.

Imagine, Excelência, a título hipotético, a seguinte situação, plenamente possível de ocorrer: as aulas na UFMA iniciam-se em 10 de novembro (tomando por média a última greve); a esta data, a assistida já terá muito mais que 75% da carga-horária do Terceiro Ano, o que a habilitará a entrar na UFMA. Agora imagine que, nessa mesma situação, Vossa Excelência tenha proferido liminar indeferindo os pedidos da assistida. Nesse caso, a rejeição do petitório negará a fruição de um direito que a assistida terá, que é o de matricular-se na UFMA.

A jurisprudência dos tribunais nacionais já vem reconhecendo que pode ser permitida a matrícula de candidatos que consigam cumprir o requisito da carga-horária/conclusão até a data de início das aulas. Senão vejamos.

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MATRÍCULA. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO ANTES DO INÍCIO DO SEMESTRE LETIVO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. **Deve ser prestigiada a situação do aluno que, antes de concluído o ensino médio, logra aprovação no concurso vestibular, o que denota, sem sombra de dúvida, a capacidade intelectual para o ingresso na instituição de ensino superior.** 2. **Não é razoável impedir a matrícula de aluno no curso para o qual obteve aprovação em processo seletivo, em razão de não ter concluído o ensino médio no prazo estabelecido pela instituição de ensino, considerando que a sua conclusão se dará antes do início do semestre letivo.** 3. Sentença mantida. 4. Apelação e remessa oficial não providas.

ENSINO SUPERIOR. APROVAÇÃO NO VESTIBULAR. ENSINO MÉDIO APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO ATÉ INÍCIO DO SEMESTRE LE-

TIVO. POSSIBILIDADE. I - Este Tribunal firmou entendimento no sentido de que é possível a postergação da apresentação do certificado de conclusão do ensino médio para momento posterior à matrícula, desde que tal documento seja apresentado antes do início das aulas ou em outro momento arbitrado na decisão.

II - Considerando que, com o deferimento da medida liminar, o impetrante foi devidamente matriculado no curso superior; considerando que, por intermédio da medida liminar concedida em sede de ação cautelar, foi determinado à Universidade Federal da Bahia - UFBA que se abstivesse de cancelar a matrícula do requerente no curso de Direito, ou, se já praticado, que fosse revogado o ato de cancelamento; e considerando que o certificado de conclusão do ensino médio foi devidamente apresentado no prazo estipulado, suprimindo a falta do documento obrigatório, não se afigura razoável impedir o acesso do aluno do curso superior. III - Recurso de apelação a que se dá provimento. Segurança concedida.

(TRF-1 AC 00038864520144013300 Re-lator DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN e-DJF1 DATA:21/05/2015)

Diante do entendimento já consolidado no Egrégio Tribunal Regional Federal de 1ª Região, de que é possível e razoável que seja fixada data posterior à da matrícula, para que seja apresentado o Certificado de Conclusão do Ensino Médio, ou declaração que o valha, apela-se ao senso equânime de Vossa Excelência para que reconheça a sólida probabilidade de que até o início das aulas do segundo semestre letivo a autora já poderá ter concluído a carga-horária mínima para o ingresso na IES, ou mesmo finalizado a totalidade do Ensino Médio, de modo que, em um cenário como esse, a Srta. _____ poderá perfeitamente apresentar a documentação exigida até o momento de início das aulas.

Por outro lado, se for visto que as aulas iniciarão em data anterior ao cumprimento dos 75% da carga horária, nada obsta que Vossa

Excelência revogue, posteriormente, a decisão liminar que garanta a matrícula da demandante, com fulcro no art. 273, §4º, do CPC, *in verbis*: “§ 4º **A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.**”.

Destarte, observa-se que nada há que se perca caso Vossa Excelência entenda pelo deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, bem como pela confirmação da matrícula da autora na UFMA, sendo essa a medida mais equânime e adequada no caso vertente.

3.3. DA APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)

O postulado da proporcionalidade, ou, como também é chamado, princípio da proporcionalidade, conforme definição do brilhante jurista alemão Robert Alexy, consiste em um “comando de otimização” que se subdivide em três outros princípios, a saber: i) princípio da adequação; ii) princípio da necessidade, e, iii) princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse comando de otimização é utilizado na “Lei de Balanceamento”, que deve ser aplicada todas as vezes em que haja uma colisão de princípios ou direitos fundamentais.

O **princípio da adequação** orienta o administrador ou julgador a adotar o meio que seja adequado a promover a efetividade de todos os direitos/princípios envolvidos na colisão. É dizer, em um balanceamento de normas principiológicas em conflito, como não há a possibilidade de exclusão de uma ou de outra – como aconteceria em um conflito de regras – a medida adequada a ser tomada é aquela que garanta a efetividade de todos os valores envolvidos na colisão, sem a exclusão de qualquer um deles. Trata-se, portanto, de um comando de otimização que orienta a não excluir qualquer dos princípios em jogo. A integridade de todos eles deve ser mantida. No literal dizer de Alexy:

[...] Isto mostra que o princípio da adequação não é outra coisa senão a expressão da ideia da Pareto-óptimalidade: uma posição pode ser melhorada sem o detrimento da outra.²

Por seu turno, o **princípio da necessidade** estabelece que a adoção de um dos princípios em colisão deve se dar de tal maneira que o outro princípio seja o menos possível afetado. Como ambos os princípios ou direitos em colisão deverão ser resguardados (princípio da adequação), aquele que prevalecer deverá atingir a integridade do outro o menos possível. Por essa razão, o princípio da necessidade é chamado também de princípio da menor ingerência possível.

Por fim, a **proporcionalidade em sentido estrito** é a que envolve o real balanceamento de valores que estão em rota de colisão. Segundo esse subprincípio, quanto mais um princípio for insatisfeito e quanto menos preferência lhe for dada, maior deverá ser o grau de satisfação do outro que com ele colide. É a terceira e última fase do balanceamento, e se cuida da fase onde, por excelência, o administrador/julgador deverá fazer o sopesamento e balanceamento das medidas que adotará, e dos ônus e benefícios que resultarão.

No caso vertente, é perfeitamente compreensível que estão em colisão dois direitos/princípios de natureza fundamental, quais sejam: o direito à educação, titularizado pelo demandante, e o princípio da legalidade, que determina que a Administração Pública, na figura da demandada (UFMA) aja pautada no que determina a lei e os atos normativos. Explica-se.

De um lado, a autora possui um direito constitucional, e, por isso, fundamental, à educação, e de acesso aos níveis mais elevados

² Tradução livre de “This shows that the principle of suitability is nothing other than an expression of the idea of Pareto-optimality: One position can be improved without detriment to another.” Disponível em Ratio Juris. Vol. 16 No. 2 June 2003 (131–40)

de educação pública. Tal direito é positivado em nosso ordenamento na Constituição Federal nos arts. 6º, 205 e 208, inc. V.

Doutro lado, tem-se o administrador público, que é orientado, à luz do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a agir pautado na legalidade, isto é, em conformidade com os limites ditados pela lei e pelos atos normativos. Com efeito, o Edital que regula o ingresso de alunos na UFMA, SiSU 2015.2, dispõe que somente serão feitas as matrículas dos candidatos que já tiverem concluído o Ensino Médio, e puderem prova-lo por meio de Certificado de Conclusão. Assim, embora desproporcional (conforme se demonstrará), a atuação da UFMA em recusar a matrícula do agravante foi legal, porquanto sob a égide do Edital PROEN 160/2015 (item 26), que regula o ingresso de alunos, via SiSU, para o semestre 2015.2.

Destarte, em colisão as duas normas de natureza fundamental e principiológica, o método de resolução deverá ser a aplicação do postulado da proporcionalidade.

Se estivéssemos debruçados sobre uma antinomia de regras, e, portanto, um conflito, resolveríamos tal impasse simplesmente com a adoção exclusiva de uma das regras em detrimento da outra, com o total aniquilamento de uma delas. Isto ocorreria, por exemplo, se uma Lei X determina que a idade mínima para obter permissão para dirigir veículos automotores é de 18 (dezoito) anos, enquanto Lei Y, posterior a X, determina que essa idade é de 16 (dezesseis) anos. Nesse exemplo, há uma contradição entre as duas regras, somente podendo ser aplicada uma delas. Assim, o intérprete deverá escolher pela aplicação exclusiva de uma das regras, X ou Y, lançando mão do critério temporalidade, por exemplo (*lex posteriori derogat legi anteriori*). Ao fim, ter-se-á apenas a Lei Y, porquanto editada posteriormente, que revogará a Lei X.

No caso de colisão de princípios, não há como se optar por um e aniquilar-se ou revogar-se o outro. Por não ser uma regra, e por ser um

comando de otimização, o princípio deverá ser sopesado na análise do caso concreto, quando em colisão com outro, a fim de que ambos os colidentes sejam preservados, a despeito da precedência final de um deles.

Feita esta breve explanação teórica, voltemos ao caso concreto.

Em contraposição o direito à educação do autor e o princípio da legalidade, deverá Vossa Excelência lançar mão do balanceamento e do postulado da proporcionalidade, a fim de resolver a problemática da maneira mais equânime e proporcional possível.

Daí pergunta-se: uma decisão pelo indeferimento do pleito, que seria pautada em uma precedência absoluta do princípio da legalidade sobre o direito à educação, seria proporcional? O magistrado ponderaria os valores em colisão e lançaria mão de uma medida que proporcionasse a efetivação de ambos os valores simultaneamente? Ou haveria, em vez disso, o aniquilamento de um dos valores em prol do outro?

Com efeito, em caso de indeferimento, o que ocorreria seria o seguinte: uma decisão indeferitória, fundamentada na impossibilidade de acesso da autora ao Ensino Superior neste momento em razão da não conclusão do ensino médio, privilegiaria tão-somente o princípio da legalidade. No caso em apreço, a aplicação de tal princípio importa em admitir-se a ideia de que o Edital PROEN 160/2015 deve ser seguido à risca, a fim de que seja recusada a matrícula da requerente, que não logrou apresentar o Certificado de Conclusão do Ensino Médio.

Noutro giro, quanto ao direito à educação titularizado pela autora, o(a) magistrado(a) que prolate decisão liminar indeferitória, ignorá-lo-á, e aniquilá-lo-á, conquanto seja um direito fundamental social, com natureza principiológica. Como já explanado, **não pode haver aniquilamento de princípio em prol de outro**. O que deve haver, no lugar disso, é o

sopesamento, e a efetivação de ambos os valores colidentes, sem embargo da relativa precedência de um sobre o outro.

Questiona-se, então: que medida poderia adotar o(a) magistrado(a), à luz da proporcionalidade, para garantir ambos os valores em colisão, e, ao mesmo tempo, com a relativa prevalência de um deles?

Entendemos que a medida que deve ser adotada, para que sejam garantidos ambos os princípios (adequação), haja a máxima efetividade de ambos (necessidade), e tenha-se o melhor resultado custo-benefício, isto é, o resultado mais razoável e proporcional (proporcionalidade em sentido estrito), é a seguinte: **a antecipação dos efeitos da tutela, com a efetivação da matrícula da assistida, tendo em vista que não se tem notícia de quando iniciará o semestre letivo 2015.2 na UFMA, com a ressalva de que tal antecipação poderá ser livremente revogada posteriormente caso as aulas iniciem antes do cumprimento da carga-horária pelo assistido.**

Diante da possibilidade concreta de que a assistida, no momento do início das aulas na UFMA, já tenha completado a carga-horária de 75% do Ensino Médio ou mesmo o concluído, a antecipação dos efeitos da tutela poderá ser concedida no sentido de possibilitar à autora a matrícula imediata (ou a reserva de sua vaga), e, se *a posteriori* se notar que as aulas na UFMA começarão antes de a postulante completar a carga-horária necessária, a decisão poderá ser revogada, considerando que o magistrado é autorizado para tanto pelo diploma processual civil vigente.

Trocando em miúdos, o que pedimos é simples, mas efetivo e proporcional: prolata-se decisão antecipando os efeitos da tutela (já que presentes os requisitos autorizadores) garantindo à autora a matrícula ou a reserva de vaga; espera-se a informação de quando começarão as aulas na UFMA; após a confirmação do início do período letivo 2015.2, avalia-se: i) se iniciar após o cumprimento da carga-horária necessária pela

assistida, mantém-se a decisão (*direito à educação*), ii) se iniciar antes, revoga-se a decisão, e não se discute mais coisa alguma, em cumprimento ao disposto no Edital (*princípio da legalidade*).

Adotando-se essa medida, teremos um cenário de efetivação de ambos os valores: direito à educação e princípio da legalidade. Nenhum dos dois será prejudicado ou subjugado. Ambos serão levados em consideração, e serão sopesados tendo como pano de fundo as peculiaridades do caso em análise.

Fazemos questão de ressaltar que somente estamos discutindo a presente questão com tanto afincamento em virtude da excepcionalidade que o caso apresenta. Se a Universidade Federal do Maranhão não estivesse com suas atividades paralisadas e sem previsão de início do semestre 2015.2, não haveria muita margem para elucubrações, e, dificilmente, estaríamos discutindo a matéria em Juízo.

Entretanto, como há a real chance de que a assistida possa completar a carga-horária de 75% do EM, ou mesmo concluí-lo, antes do início do semestre 2015.2 na UFMA, a situação ganha novos contornos, exigindo uma apreciação mais cuidadosa e parcimoniosa, de molde a possibilitar que seja adotada a medida mais proporcional e razoável.

Por fim, questionamos: se, prolatando-se a decisão indeferitória, e impossibilitando-se à autora a matrícula na UFMA, as aulas na Universidade começarem lá **pelo mês de novembro, quando ela já terá mais que o suficiente de carga-horária para ingressar na IES, como ficará a fruição de seu direito ao ingresso na Instituição?**

Com efeito, não terá mais a chance de re discutir a matéria, já que as decisões já terão todas transitado em julgado, e os candidatos em classificações inferiores já terão todos sido chamados para preenchimento das vagas excedentes. E o que será da demandante? A resposta é simples! A Srta. _____ terá o direito de entrar na UFMA, porquanto

completada a carga-horária mínima do EM, mas não poderá gozar desse direito. Tamanha injustiça não pode ser promovida por este sábio Juízo!

3.4. DA APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (ONU). DO PROTOCOLO DE SAN SALVADOR (OEA).

Em adição a todos os argumentos até agora esgrimidos, é importante atentar para o fato de que o direito da postulante de ser matriculada na Universidade Federal do Maranhão, além de ser-lhe garantido pela Constituição, como já exposto, e pelo postulado da proporcionalidade, é previsto no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, e dos documentos internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário, a exemplo da Convenção sobre os Direitos da Criança, e do Protocolo de San Salvador. Senão vejamos.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a autora, Srta. Jéssica Pereira, conta atualmente 17 (dezessete) anos de idade, enquadrando-se, pois, na definição de “adolescente”, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), e na definição de “criança”, de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança.

LEI 8.069/90 - Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e **adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.**

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA – Art. 1 - Para efeitos da presente Convenção **considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade**, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.

(g.n).

Assim, na condição de adolescente brasileira, aplicáveis são-lhes os dois diplomas acima mencionados.

Pois bem. Segundo o ECA, é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, dentre outras coisas, o **acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.** Disso se depreende que o critério estipulado no diploma para o acesso do adolescente ao ensino superior é exclusivamente meritório, isto é, depende da demonstração por parte do adolescente de que está apto a ascender ao nível superior de ensino.

Sabe-se, ademais, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, orientado pela chamada “doutrina da proteção integral”, tem como um de seus principais (se não o principal) comandos de otimização o **princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**, segundo o qual os interesses do menor sempre devem ser levados em prioritária consideração, a fim de que seja resguardado o melhor-estar do adolescente ou da criança.

Dai questiona-se: qual seria o melhor interesse do menor *in casu*? Sem dúvida alguma, a efetivação do citado princípio importa no reconhecimento do direito da Srta. Jéssica Pereira a ser matriculada no curso para o qual foi aprovada, já que a efetivação de seu direito à educação, e seu acesso ao ensino superior, requerem a adoção desta medida.

É, portanto, evidente que a exigência de conclusão do ensino médio, e de apresentação de certificado que a comprove, para a realização de matrícula na Universidade, é ilegal e inconstitucional, vez que a própria Constituição Federal, em seu art. 227, assim dispõe, *in verbis*:

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.

(g.n.)

Por outro lado, ademais da patente ilegalidade do Edital PROEN 160/2015, ao exigir a Conclusão do Ensino Médio para matrícula na UFMA, há de ser destacada a afronta direta à Convenção sobre os Direitos da Criança, no âmbito da proteção global dos Direitos Humanos, e da atuação da Assembleia Geral das Nações Unidas. Dispõe a Convenção:

Art. 28. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

[...]

c) **tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;**

(g.n)

Importa frisar que, no âmbito interno, o Brasil obrigou-se a cumprir o disposto nessa Convenção em 1990, com a promulgação do Decreto presidencial 99.710.

Nesse sentido, é evidente que o adolescente tem o direito incontestado de acesso ao ensino superior, e esse nível de educação deve-lhe ser oferecido pelo Estado. Uma vez provada sua capacidade para ingresso nessa etapa da educação, não pode o Estado privar-lhe de tal direito. A vedação por parte do Poder Público de acesso do cidadão à Universidade somente pelo fato de não possuir ele um certificado de conclusão do ensino médio, é sobremaneira acintosa, e demonstra o descaso com que trata o Estado brasileiro alguns direitos humanos, em pleno século XXI.

O direito à educação, direito fundamental de 2ª dimensão, é intensamente desrespeitado em nosso País, tendo em vista a notória precariedade

das escolas públicas território brasileiro afora. Mas a violação desse direito humano dos brasileiros não para por aí! Continua quando o Estado nega ao adolescente brasileiro, que passa no ENEM e é aprovado para ocupar um disputado banco na Universidade Pública, a matrícula na Instituição de Ensino, tão-somente porque ele ainda não concluiu o ensino médio.

Trata-se, portanto, de patente inconveniência de tal exigência, pois, além de claramente ilegal (contrária o ECA), inconstitucional (afronta a CF/88), é inconveniente, pois vai de encontro ao que garante um tratado internacional do qual o Brasil é signatário, e cujas disposições é obrigado a cumprir, a saber: a Convenção sobre os Direitos da Criança.

É momento de evoluirmos nossas concepções sobre a guarda e a garantia dos direitos de nossos menores, frequentemente subjugados e desrespeitados. É momento de valorizarmos o potencial intelectual de cada um de nossos pequenos, e reconhecermos suas conquistas, a fim de inculcá-lhes uma cultura de mérito e capacidade e garantir que o futuro de nossa Nação esteja nas mãos de indivíduos educados, seguros, e cujos direitos sejam sedimentadamente reconhecidos.

Impedir que um adolescente alcance o sonhado ensino superior é covarde e, cerceia a esperança de que estamos a construir uma nação de pensadores, de intelectuais, de pessoas que buscam o progresso. É o mesmo que ignorar o mérito do adolescente que estuda dia e noite para lograr aprovação no ENEM, e apenas dizer-lhe: “você ainda não terminou o ensino médio! Volte à escola e termine, próximo ano você tenta de novo”.

De arremate, é importante acentuar que, além do desrespeito à Convenção sobre os Direitos da Criança, a negação à matrícula da requerente na UFMA também contraria o disposto no Protocolo de São Salvador, este no âmbito interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

Estipula o Protocolo:

Art. 13 – 3 – c) O ensino superior deve tornarse igualmente acessível a todos, **de acordo com a capacidade de cada um**, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

(g.n)

Assim como em relação à Convenção sobre os Direitos da Criança, o Brasil também é obrigado a cumprir o disposto nesse Protocolo, por força do Decreto 3.321/1999, que o promulgou na ordem jurídica interna brasileira. Nesse sentido, a desobediência ao estipulado nesse Protocolo pode, inclusive, gerar denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

3.5. DO DANO MORAL

Em regra, não há responsabilidade civil sem dano e, como corolário dessa premissa, faz-se imprescindível a comprovação do dano patrimonial e/ou extrapatrimonial suportado pela autora como condicionante da fixação da correspondente indenização civil.

Quanto ao **dano moral**, conforme entendimento amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, constitui aquele dano imaterial, que causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Logo, constitui-se em abalo de ordem psíquica, interior, aviltante de um dos caracteres inerentes à própria personalidade.

A Universidade por mero e excessivo formalismo, no caso concreto, não se ateu a analisar o outro lado da moeda, isto é, a situação da assistida, que foi aprovada com mérito para o curso de Engenharia Química, sua primeira e única opção de graduação.

Com isso, a ré acarretou grande tristeza e danos psicológicos à autora da presente ação, que em uma fase de vital importância da sua vida, a adolescência, está tendo dificuldades de conseguir realizar um sonho, que é o ingresso na supramencionada universidade. Com efeito, em

uma etapa tão turbulenta e emocional como é a adolescência, receber um não a uma vontade consolidada e a planos já feitos consiste em enorme frustração, ocasionando ao jovem sérios danos psicológicos e à sua integridade moral.

Diante disso, requer-se a reparação pelo Dano Moral sofrido pela autora quando da recusa operada pela ré em efetuar-lhe a matrícula no curso para o qual foi aprovada, em valor não inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

4. DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA: MATRÍCULA DA AUTORA. SUBSIDIARIAMENTE: MEDIDA CAUTELAR DE RESERVA DE VAGA (CPC, ART. 273, §7º).

O artigo 273 do Código de Processo Civil atribui ao magistrado a possibilidade de conceder antecipadamente, total ou parcialmente, o bem da vida requerido, desde, é claro, que sejam preenchidos alguns requisitos, conforme transcrição abaixo:

Art. 273, CPC: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

No caso em questão, a situação da autora mostra-se inarredavelmente adequada à previsão insculpida no artigo 273 do CPC, pois que presentes os seus pressupostos genéricos: **a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.**

Quanto ao primeiro requisito, verifica-se que, conforme documentação anexa a esta exordial, a requerente, além de ter sido aprovada para o curso de Engenharia Química da UFMA, demonstra seu direito ao acesso à UFMA, e, além disso, demonstra que a alta probabilidade

de começo tardio das aulas de 2015.2 pode possibilitar o cumprimento da carga horária necessária à matrícula.

Já o receio de dano irreparável ou de difícil reparação mostra-se evidente. É que **a segunda listra de espera do SISU 2015.2 será divulgada daqui a dois dias**, de modo que, a vaga da assistida poderá ser disponibilizada a outro candidato, se não houver celeridade na apreciação do pleito liminar.

Preenchidos, pois, os requisitos da tutela antecipada, deve esta ser imediatamente concedida, expedindo-se ordem à UFMA para que promova as medidas necessárias à matrícula do autor ainda para o semestre de 2015.2.

Por outro lado, caso Vossa Excelência entenda incabível a concessão da tutela antecipada, **subsidiariamente, pleiteia-se a concessão de medida cautelar de reserva de vaga no curso de Engenharia Química, campus Bacanga, a ser oferecida no próximo semestre letivo pela UFMA, a saber, no semestre 2015.2.**

Com efeito, a tutela cautelar, como se sabe, é forma peculiar de proteção dirigida a assegurar a própria utilidade da prestação jurisdicional. Disso decorre a clássica referência a ela conferida de “instrumentos do instrumento”.

É tutela essencialmente preventiva, de caráter não-satisfativo do direito material que se busca assegurar no processo, cujos requisitos para o seu deferimento são a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Nesse sentido, o primeiro deles, também conhecido como *fumus boni iuris*, **resta preenchido**, eis que a pretensão do autor tem fundamentação nos tópicos outrora debatidos, notadamente no que dispõe acerca da violação ao princípio da igualdade e das finalidades da reserva de vaga definida por lei, bem como da violação ao direito fundamental à educação e ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Já o *periculum in mora* consiste na possibilidade de o autor vir a perder a vaga em Universidade Pública, a qual conquistou com tanto esmero, por ato desproporcional da UFMA.

Ademais, pelas regras processuais em vigor – notadamente a inculpada no art. 273, § 7º, do CPC e no poder geral de cautela outorgado ao Juiz – e em atenção aos princípios da economia e da instrumentalidade do processo, possibilita-se, assim, o deferimento de provimento cautelar no bojo de um processo de conhecimento, não mais sendo necessária a instauração de um processo autônomo para a obtenção de provimento cautelar.

Registre-se, ademais, que não há nenhum impeditivo legal à concessão da antecipação da providência jurisdicional perseguida, pois, além de haver clara verossimilhança da alegação, a medida antecipatória, no caso em deslinde, é perfeitamente passível de reversão.

Assim, a acentuada presença dos requisitos legais exigidos, autoriza a concessão da tutela antecipada pleiteada *inaudita altera pars*, porquanto a observância do prazo para contestação da demandada até a resolução final do mérito implicará inexoravelmente em dano irreparável ao direito incontestado do autor, visto que, poderá perder definitivamente o direito de se matricular no curso de Engenharia Química da UFMA, campus Bacanga.

5. DOS PEDIDOS

- A. A concessão dos benefícios da Justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei n.º 1.060/50, por ser o autor pessoa pobre, desprovida de condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, assim como a observância das prerrogativas de que gozam os defensores públicos federais, notadamente no tocante à intimação**

peçoal, mediante vista dos autos, e à contagem dos prazos processuais em dobro, na forma do inciso I do art. 44 da Lei Complementar nº 80/94;

B. A concessão de tutela antecipada, sem a oitiva da parte contrária, no sentido de impor à UFMA a adoção de todas as medidas necessárias à matrícula da parte autora no curso de Engenharia Química – campus Bacanga, para o semestre letivo 2015.2;

C. Subsidiariamente, na hipótese de Vossa Excelência entender não ser cabível a concessão da tutela na forma como acima solicitada, que seja apreciado e deferido o pedido liminar, sem a oitiva da parte contrária, no sentido de determinar à UFMA a reserva de vaga, em favor da parte autora, no curso de Engenharia Química – campus Bacanga - para o semestre letivo 2015.2;

D. A citação da UFMA, na pessoa de seu representante legal e no endereço preambularmente indicado, para, querendo, apresentar resposta à presente demanda;

E. A intimação do Ministério Público, para manifestar-se no feito, em atenção ao art. 82, I do CPC.

F. No mérito, o reconhecimento da total procedência dos pedidos a fim de que:

f.1) confirmando-se a tutela antecipada, seja a UFMA condenada a efetivar, definitivamente, o cadastramento e posterior matrícula da autora _____, no curso de Engenharia Química, na UFMA, campus Bacanga, para o semestre 2015.2, cancelando-se o ato administrativo que impediu que o demandante realizasse satisfatoriamente a sua matrícula no curso para o qual foi aprovado,

com fulcro no art. 208, V, da CF, do art. 54, V, do ECA, do art. 28 (1) da Convenção sobre os Direitos da Criança, e do art. 13 (3) do Protocolo de San Salvador;

f.2) seja a UFMA condenada a **reparar o dano moral** sofrido pela autora, em **quantia não inferior a R\$ 20.000,00** (vinte mil reais);

A condenação da IFES requerida em honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública da União, conforme teor do artigo 4º, XXI, da LC nº 80/94, em caso de procedência, ainda que parcial, dos pedidos formulados.

Por fim, protesta-se pela prova do alegado por todos os meios admitidos em Direito, notadamente pela juntada posterior de novos documentos e pela oitiva de testemunhas a serem oportunamente arroladas.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 73.936,40 (setenta e três mil, novecentos e trinta e seis reais e quarenta centavos)³.

Nestes termos, pede e aguarda deferimento.

São Luís, 22 de julho de 2015.

JULIO CEZAR DE QUEIROZ

Defensor Público Federal

Titular do 1º Ofício Cível – Núcleo de São Luís

JORGE BRUNO BARBOSA DA SILVA

Estagiário de Direito DPU/MA

1º Ofício Cível

³ Valor obtido da multiplicação de mensalidade de R\$ 898,94 (valor da mensalidade do curso na Faculdade Estácio) por 60 mensalidades, somado ao valor pedido a título de reparação ao dano moral (R\$ 20.000,00).



SOCIEDADES ANÔNIMAS E SEUS TÍTULOS DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS:

As controvérsias na classificação entre os títulos de crédito e os valores mobiliários na doutrina brasileira.

José Muniz Neto

Aluno do 10º período de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, em São Luís/MA. Estagiário da Defensoria Pública da União, unidade São Luís/MA.

E-mail: muniz_netto13@hotmail.com



RESUMO

Tem o escopo de explicitar as diferenças entre os Títulos de Crédito e os Valores Mobiliários, ambas categorias do Direito Comercial, assim como expor as divergências doutrinárias na utilização destas diferentes classificações. Também serão estudados os diferentes títulos de captação de recursos das Sociedades Anônimas, no intuito de demonstrar qual a sua correta classificação de acordo com seus requisitos de formação e suas funções. Por fim, visa-se pacificar as discussões doutrinárias quanto à classificação dos títulos das Sociedades Anônimas enquanto Títulos de Crédito ou Valores Mobiliários.

Palavras-chave: Sociedades Anônimas. Títulos de Captação de Recursos. Títulos de Crédito. Valores Mobiliários.

1. INTRODUÇÃO

Após a análise dos títulos (ações, debêntures, partes beneficiárias e bônus de subscrição) das Sociedades Anônimas são perceptíveis as divergências na doutrina brasileira quanto à classificação destes títulos em Títulos de Crédito ou Valores Mobiliários. Tais categorias se demonstram distintas, primordialmente através de seus requisitos de formação e depois por suas funções nas aplicações cotidianas. Esta análise se faz de suma importância para a aplicação de ambas as categorias no Direito Comercial, uma vez que cada uma é condicionada a uma função específica e pode gerar diferentes consequências jurídicas.

Primeiramente, faz-se necessário o estudo dos valores mobiliários, cujas características são extremamente relevantes para a análise dos títulos em questão. Da mesma forma que os valores mobiliários, veremos os títulos de crédito e suas peculiaridades, as quais poderão ou não se encaixar nos títulos estudados no

presente trabalho. Além disso, faz-se necessário o perpasso por alguns aspectos gerais das Sociedades Anônimas, características essas que nos ajudarão na análise e classificação dos títulos emitidos por elas. A partir deste apanhado geral do assunto introdutório relevante para a análise dos títulos, abordaremos especificamente cada um dos títulos de captação de recursos emitidos pelas Sociedades Anônimas, quais sejam as ações, as debêntures, as partes beneficiárias e os bônus de subscrição, analisando suas características e definindo-os como valores mobiliários ou títulos de crédito.

Desta feita, apontamos como solução, para o problema encontrado no estudo do tema da pesquisa, a busca por um entendimento que se aproxime da correção, demonstrando como objetivo do presente trabalho a pacificação das discussões quanto à classificação dos títulos das Sociedades Anônimas como títulos de crédito ou valores mobiliários.

2. TÍTULOS DE CRÉDITO

Os Títulos de Crédito, como demonstramos o próprio nome, é um título que representa uma relação creditícia entre o sacador, que cria o título, e o sacado, o qual tem o direito ao crédito presente no título. Com base nessa afirmação, Rizzardo conceitua-os como “documento criado por lei para representar um determinado crédito, devendo conter certos requisitos que lhe dão total idoneidade. Trata-se de uma obrigação que nasce de uma declaração unilateral de vontade” (RIZZARDO, 2006. p. 04). Ulhoa suscita-nos a presença de três características essenciais destes títulos: a primeira é que os títulos de crédito apenas devem ser utilizados em relações de crédito; a segunda gira em torno da facilidade de serem executados em juízo; a terceira é a possibilidade de negociação do título (COELHO, 2013. Vol. 1. p. 444 – 445). Assim, podemos perceber o motivo da grande utilização dos títulos de crédito no meio comercial, uma vez que este

representa moeda, possibilitando assim a criação de crédito para o emitente do título.

Utilizando-nos dos conceitos citados, podemos extrair os princípios presentes nos títulos de crédito. Na doutrina brasileira existem divergências entre a presença de apenas três ou de mais princípios que regem os títulos de crédito, entretanto o que se pode perceber é que embora possamos elencar vários, apenas três se apresentam como fundamentais aos títulos, sendo os outros meros desdobramentos destes. Desta forma podemos citar três princípios: o da cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais.

A cartularidade consiste na obrigatoriedade de apresentação do título para ocasionar o direito creditício do credor. Segundo Amador Paes de Almeida, “em razão da cartularidade, título e direito se confundem, tornando imprescindível o documento para o exercício do direito que nele se contém” (ALMEIDA, 2011. p. 23). Percebe-se, portanto, que o sacado, aquele que tem direito ao crédito, deve estar de posse do título para poder receber o valor a que este se refere.

Já a literalidade significa que “vale o título pelo que nele está escrito. [...] É o conteúdo da cédula que pode ser exigido” (RIZZARDO, 2006. p. 13). Assim, nada pode ser cobrado do devedor além do que está disposto no próprio título, sendo este o meio de prova da relação creditícia. Vale ressaltar que os “os atos documentados em instrumentos apartados, ainda que válidos e eficazes entre os sujeitos diretamente envolvidos, não produzirão efeitos perante o portador do título” (COELHO, 2013. Vol. 1. p. 448). Dessa forma, uma vez pago o título, tal pagamento deve ser documentado no próprio título, evitando assim que este seja transferido mediante má-fé e ocasionando a obrigatoriedade do pagamento pelo devedor.

Por fim temos o princípio da autonomia das obrigações cambiais. Como nos afirma Ulhoa, uma vez produzido um título de crédito, os vícios que este venha a apresentar não

irão ocasionar problemas aos sujeitos que o adquirirem (COELHO, 2013. Vol. 1. p. 449). O que se pode entender deste princípio é que não irá importar a presença de vícios na relação que deu origem ao título, uma vez que este não atinge as futuras relações que poderão surgir mediante a circulabilidade do título. Neste sentido, Rizzardo nos diz que “o título de crédito, em face de sua autonomia, vale e é exigível pelo que nele está contido, não se indagando a origem ou qualquer particularidade ligada ao negócio subjacente, a menos que haja má-fé do portador em detrimento do devedor” (RIZZARDO, 2006. p. 14).

A natureza jurídica da obrigação decorrente do título está disposta na Lei Uniforme de Genebra (LUG), a qual implantou os títulos de crédito no Ordenamento Jurídico brasileiro. No seu art. 47 está disposto que os coobrigados pelo título de crédito (sacadores, aceitantes, endossantes ou avalistas) irão responder solidariamente ao portador do título.

Embora a LUG trate-os de forma solidária é imprescindível demonstrar que tal afirmação não pode ser feita. Segundo o art. 283 do Código Civil “o devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores”.

Como nos afirma Ulhoa, a semelhança com a solidariedade se esvai bem neste artigo, uma vez que nem todos tem direito de regresso uma vez feito o pagamento, como no caso do aceitante ou subscritor, e que apenas os devedores posteriores apresentarão o direito de regresso em face dos anteriores (COELHO, 2013. Vol. 1. p. 454). Dessa forma, chegamos a conclusão de que os títulos de crédito não se encaixam nas relações de solidariedade propriamente ditas, mas sim num caso único de natureza jurídica da obrigação que se aplica apenas às relações cambiais, a qual consiste em modos de regresso *sui generis*.

Estes títulos apresentam, conforme a doutrina, diferentes variáveis de classificação. Podemos citar quatro diferentes classificações: quanto à natureza do conteúdo do crédito, quanto ao modelo, quanto à forma de circulação.

Quanto à natureza do conteúdo do crédito, os títulos podem ser propriamente ditos, também chamados de próprios, ou então impróprios. Como próprios podemos entender aqueles que “abrangem a prestação de uma quantia em dinheiro ou em outra coisa fungível” (RIZZARDO, 2006. p. 25). Como impróprios seriam todos os que o sujeito “se obriga a entregar determinado bem ou uma coisa” (RIZZARDO, 2006. p. 26).

Para Amador Paes haveriam ainda os títulos destinados à aquisição de direitos reais sobre coisas determinadas e os que atribuem a qualidade de sócios (ALMEIDA, 2011. p. 29), entretanto Rizzardo os inclui na categoria de impróprios, sendo possível de entender tal abordagem, uma vez que não se enquadrariam na própria natureza do título, a qual é a obrigação de entregar um bem ao credor.

Quanto à circulação os títulos podem ser ao portador ou nominativos, sendo esta subdividida em títulos com ou sem cláusula à ordem. Conforme nos ensina Amador Paes, “são títulos ao portador aqueles que têm a cláusula ao portador, ou mantêm em branco o nome do beneficiário. Tais títulos são negociáveis pela simples *traditio*” (ALMEIDA, 2011. p. 29). Os nominativos à ordem “identificam o titular do crédito e se transferem por endosso, que é o ato típico da circulação cambiária. Os nominativos não à ordem, que também identificam o credor, circulam por cessão civil de crédito” (COELHO, 2013. Vol. 1. p. 457).

Quanto ao modelo, os títulos podem ser vinculados ou livres. Os vinculados irão apresentar efeitos cambiais se seguirem o padrão ao qual estão obrigados e os livres são os quais o emitente pode dispor dos elementos essenciais do título da forma que quiser, entretanto

necessitam apresentar os elementos essenciais (COELHO, 2013. Vol. 1. p. 455).

Por fim, cabe-nos apresentar os títulos de crédito considerados como tais para a legislação aplicável no Brasil. No Brasil, os títulos são regidos por três leis específicas e subsidiariamente pelo Código Civil. Mediante este fato, a LUG nos apresenta a Letra de Câmbio e a Nota Promissória, a Lei dos Cheques aborda os Cheques enquanto títulos de crédito, assim como a Lei das Duplicatas, a qual nos aponta as Duplicatas. Vide tal afirmação, pode-se perceber que a legislação brasileira não inclui os chamados valores mobiliários como espécies de títulos de crédito por conta de suas características, as quais serão apresentadas no próximo capítulo.

3. VALORES MOBILIÁRIOS

Os valores mobiliários, no sistema jurídico brasileiro, durante muito tempo foi tratado em igualdade aos títulos de crédito. Entretanto, é importante frisarmos que tal comparação não tem cabimento, o que pode ser explicitado pelos requisitos presentes nos títulos cambiais. Fábio Ulhoa conceitua os Valores Mobiliários como “instrumentos de captação de recursos pelas sociedades anônimas emissores e representam, para quem os subscreve ou adquire, um investimento” (COELHO, 2013. Vol. 2. p. 161).

Embora o autor conceitue desta forma o valor mobiliário se sabe que tal conceituação não é pacífica na doutrina brasileira e também na legislação que trata destes valores. Para tentar classificar tais valores, surgiram duas correntes ao redor do mundo: a norte-americana e a francesa. A corrente norte-americana tratou de apenas de trazer objetivamente um rol de valores mobiliários, sem conceituar tais instrumentos, o que não ocorreu com a corrente francesa, a qual buscou uma distinção entre efeitos de comércio (títulos de pagamento) e valores mobiliários (títulos de investimento) (COELHO, 2013. Vol. 2. p. 161).

O direito brasileiro, inicialmente, buscou trazer um rol taxativo dos valores mobiliários e isso se pode entender por conta de sua proximidade com o *common law*, regime jurídico utilizado pelos norte-americanos. A primeira tentativa de regulamentação dos valores mobiliários no Brasil veio com a Lei 6.385 de 1976. Nesta lei, ficaram declarados como valores mobiliários “as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição; os certificados de depósitos de valores mobiliários; outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional” (REQUIÃO, 1993. p. 56).

Embora a iniciativa de criar um rol exaustivo deva ser relevantemente reconhecida, isso apenas deixou para depois a necessidade de criarmos um conceito para tais valores. Como nos ensina Ary Oswaldo, a criação deste rol não deixa claro o que é o valor mobiliário e assim deixa livre o entendimento ao Banco Central brasileiro, para controlar e fiscalizar tais valores, além de se deixar livre para este órgão a possibilidade de criação de valores com base na vontade do Banco Central, uma vez que por não se ter conceito, também não temos um parâmetro para a criação destes valores (MATTOS FILHO, 1985. p. 39).

Por conta deste adiamento que, em 2001, foi criada a Lei 10.198, a qual buscou apresentar um possível conceito aos valores mobiliários. Dispõe seu art. 1º:

Art. 1º: Constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei nº-6.385, de 7 de dezembro de 1976, quando ofertados publicamente, os títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Cabe-nos, portanto, diferenciarmos os valores mobiliários dos títulos de crédito para que tenhamos uma melhor observância dos títulos

de captação das sociedades anônimas. Podemos elencar uma série de diferenças entre estes dois instrumentos. Waldírio Bulgarelli aponta-nos que os valores mobiliários são utilizados como empréstimos a longo prazo, enquanto os títulos de crédito, ao qual ele chama de “efeitos de comércio” com base na doutrina francesa, são formas de desconto, caracterizando-os como empréstimos de curto prazo (BULGARELLI, s/d. p. 101).

Outras diferenças são apresentadas por Alexandre Demetrius: os títulos de crédito são individualizados e os valores mobiliários são de emissão em massa (série); os títulos são relativos à relações creditícias enquanto os valores mobiliários são frutos de investimentos; os títulos são relativamente abertos a negociação de suas cláusulas e os valores apresentam uma padronização destas; os títulos são fungíveis enquanto os valores não os são; os títulos cambiais são literais e os valores mobiliários não necessitam desta literalidade; os títulos são circuláveis através de endosso enquanto alguns dos valores, hoje em dia, não apresentem esta possibilidade e, por fim, as leis que abordam os títulos de crédito tem o intuito de defender o “tomador do crédito” enquanto nos valores visa-se proteger aquele que investe (PEREIRA, 2011.)

Desta forma, podemos perceber que embora os valores mobiliários não apresentem uma conceituação pacífica na doutrina, estes não poderiam ser confundidos com os títulos de crédito, uma vez que não apresentam alguns dos princípios fundamentais dos títulos cambiais, quais sejam a literalidade e a circulabilidade. Logo, resta-nos analisar as espécies da valores mobiliários para tentarmos demonstrar se haveria mesmo esta possibilidade de confusão ou se isto é apenas uma criação doutrinária, não sendo levados os fatores que diferenciam tais instrumentos.

4. TÍTULOS DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

4.1 AÇÕES

As ações tem o escopo de representar a quantia do capital social da sociedade anônima. Como dispõe Fábio Ulhoa, elas são valores mobiliários que expressam a condição de sócio de tal sociedade (COELHO, 2013. Vol. 2. p. 103). Conforme o exposto, este título representativo teria o escopo primordial de tornar o investidor como sócio de certa sociedade, não apresentando assim caráter de título de crédito. Entretanto, Requião apresenta 3 aspectos que são representados pelas ações: fazem parte do capital social da sociedade, servem de meio para instituição de sócios e também como títulos de crédito (REQUIÃO, 1993. p. 58). Desta feita, a ação estaria incluída como título de crédito, uma vez que daria direito aos lucros periódicos e gerais da sociedade. O que nos cabe analisar então é se esta questão de possibilidade de crédito é um fator essencial para tal título de captação de recursos.

Com relação a esta questão, afirma Newton de Lucca:

Creio, porém, ter predominado o entendimento segundo o qual as ações não conferem a seu titular um crédito, mas sim, com maior precisão, uma posição, isto é, um estado de sócio, do qual decorrem, por sua vez, uma série de direitos de natureza patrimonial e extrapatrimonial e, até mesmo, de obrigações, como as relativas ao pagamento das entradas das ações não-integralizadas.” (LUCCA, s/d.)

Além deste fator, podemos analisar também se os princípios essenciais dos títulos de crédito estão presentes nas ações, para que assim esta possa ser caracterizada como título cambial. O princípio da cartularidade, o qual fora mencionado anteriormente no presente

trabalho, não se faz presente nas ações, visto que, estas não necessitam da apresentação da ação ou do seu certificado para a comprovação de sua titularidade, mas sim, como dispõe o art. 31 da lei 6.404 de 1976, “a propriedade das ações nominativas presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de “Registro de Ações Nominativas” ou pelo extrato que seja fornecido pela instituição custodiante, na qualidade de proprietária fiduciária das ações”. O princípio da literalidade também não se aplica às ações, visto que esta é mero título representativo da qualidade de sócio, não trazendo assim expressos todos os direitos e obrigações resultantes desta relação. Por fim, podemos afirmar que também não se aplica o princípio da autonomia, visto que:

Se, por ato viciado (falsificação de assinatura do acionista no termo lançado no livro de transferência de ações, p. ex.), é transmitida uma ação de Antônio para Benedito, e este a aliena para Carlos, o vício comprometedor da regularidade do primeiro ato estende-se também ao segundo” (COELHO, 2013. Vol. 2. p. 165).

Desta feita, nada mais é necessário declarar em relação a classificação das ações como valores mobiliários ou títulos de créditos. É óbvio que elas não apresentam as características essenciais dos títulos de créditos, além de representarem mera condição de sócio, a qual traz consigo a possibilidade de algum ganho para o investidor, entretanto esta não é uma regra. Logo, entendem-se as ações como valores mobiliários.

4.2 DEBÊNTURES

As debêntures são “títulos de crédito de emissão de sociedades anônimas, representativos de empréstimos efetuados por essas espécies societárias” (ALMEIDA, 2011. p. 297). Como exposto, estes títulos são representativos de crédito no qual o credor tem direito em face do devedor, que é a sociedade. Afirma ainda Requião que “as sociedades por ações tem a faculdade exclusiva de obter empréstimos,

tomados ao público a longo prazo” (REQUIÃO, 1993. p. 85).

Como podemos perceber, apresenta-se na assertiva de Requião o primeiro problema em caracterizar tais títulos como títulos de crédito. Eles são representações creditícias a longo prazo, o que não coincide com a característica dos títulos cambiais. Além disso, Mamede nos ensina que “não se confundem com as cambiais, [...], que são obrigações representadas por base material necessária: o papel (cártula), que, mais do que comprová-las, materializa-as.” (MAMEDE, 2011. p. 332). Não apresentam também literalidade, visto que “no certificado de debêntures, por exemplo, não se encontram todas as condições da operação, as quais se detalham em instrumento apartado, denominado escritura de emissão” (COELHO, 2013. Vol.2. p. 165).

Por fim podemos afirmar que não podem também ser considerados como títulos cambiais mediante a possibilidade de serem emitidos em massa. “Se a companhia pretende tomar um milhão de reais emprestados, pode emitir um milhão de debêntures no valor, cada uma, de R\$ 1,00” (MAMEDE, 2011. p. 332).

Portanto, sabe-se que os títulos de crédito são assim considerados por apresentarem todos os requisitos necessários para tal classificação e que a ausência de apenas um destes fatores faz com que eles não se incluam mais nesta categoria. Como foi visto, as debêntures não se adequam a categoria dos títulos cambiais e muito menos ao Direito Cambiário. Desta feita, as classificamos assim como valores mobiliários.

4.3 PARTES BENEFICIÁRIAS

As partes beneficiárias são títulos que não têm representatividade no capital social da sociedade e nem valor nominal, mas que apresentam uma possibilidade de direito à crédito em face da sociedade, desde que esta tenha obtido lucro líquido anual (REQUIÃO, 1993. p. 83).

No mesmo sentido nos ensina Amador Paes, afirmando que “a qualquer tempo as companhias poderão criar títulos negociáveis, denominados partes beneficiárias, que conferirão a seus titulares créditos contra as sociedades emissoras, consistentes na participação nos lucros” (ALMEIDA, 2011. p. 298). Logo, percebe-se que aqui também a doutrina nos demonstra a presença de um título representativo de crédito, entretanto este não apresenta algumas características necessárias para ser enquadrada como tal.

Primeiramente, as partes beneficiárias representam uma possibilidade de crédito e não uma real garantia de crédito, sendo condicionada a existência de lucros líquidos da sociedade no ano. Além disso, “a companhia os emite para alienar (reitero, fora do mercado aberto: há proibição de oferta pública), ou para atribuir a fundadores, acionistas ou terceiros, como remuneração de serviços prestados a companhia” (MAMEDE, 2011. p. 328).

Ulhoa nos afirma também que as partes beneficiárias não representam executividade, a qual consiste na facilidade de cobrança judicial do título, visto que não está disposta na parte beneficiária a participação nos lucros a qual cabe a caba parte (COELHO, 2013. Vol. 2. p. 164). Com base nessa afirmação também podemos retirar a inexistência de mais uma característica nas partes beneficiárias a qual é a literalidade.

Logo, não se pode incluir como título cambial um instrumento que, apesar de ter uma representação creditícia, não apresenta os requisitos fundamentais desta categoria. Sendo assim, classifica-se as partes beneficiárias como valores mobiliários também.

4.4 BÔNUS DE SUBSCRIÇÃO

Os bônus de subscrição talvez sejam os menos discutidos quanto à classificação entre títulos de crédito e valores mobiliários e isso se dá por conta de sua definição. Os bônus

de subscrição consistem na possibilidade das sociedades emitirem títulos que possam ser negociáveis, desde que obedeçam o determinado limite de aumento do capital social, e que possam garantir o direito a subscrição de ações (ALMEIDA, 2011. p. 298). A este instrumento cabe endosso ou então pode ser ao portador e sua emissão depende de autorização (REQUIÃO, 1993. p. 93).

Com base neste conceito, não há o que se falar em título cambial. “No bônus de subscrição, o titular do valor mobiliário não tem, perante a sociedade emissora, nenhum direito creditício pecuniário” (COELHO, 2013. Vol. 2. p. 164). Embora possam ser transferidos por endosso, mas a simples falta de representação de um direito creditício pecuniário já exclui qualquer possibilidade de adequação dos bônus de subscrição aos títulos de crédito.

Visto isso, é perceptível que eles também não apresentam uma circulabilidade aberta, uma vez que são oferecidos aos sócios que já detêm ações e, somente se estes não os quiserem, serão oferecidos ao público.

Portanto, também não podemos classificá-los como títulos de crédito e submetê-los ao Direito Cambiário, visto que tratam exclusivamente de questão referente a valores mobiliários. Logo, eles se enquadram na categoria de valores mobiliários.

CONCLUSÃO

Como foi exposto no presente trabalho, a doutrina e o Ordenamento Jurídico brasileiro passaram por grandes dificuldades no que tange a classificação dos valores mobiliários, o que não ocorreu com os títulos de crédito. Por conta disso, inicialmente buscou-se definir em um rol exemplificativo os valores mobiliários aceitáveis no Brasil.

Com o avanço das legislações, então se decidiu partir para uma conceituação destes

valores, o que ocasionou somente uma maior abertura, como por exemplo ao Banco Central, o qual pode criar indistintamente novos valores mobiliários a seu gosto.

Os títulos de captação de recursos das Sociedades Anônimas, como o próprio nome já diz, tem o intuito de trazer para a sociedade uma possibilidade de financiamento e empréstimo mais ágil e sem a quantidade absurda de juros a que são submetidos.

Embora representem, na sua grande maioria, expectativas de direito creditício, faz necessária a adequação destes títulos às outras características dos títulos de crédito para poderem se enquadrar como tais. Como foi visto, não adianta que tais títulos de captação apresentem uma ou duas características dos títulos cambiais, mas sim todos, visto que assim se dá com os títulos de crédito presentes no país.

Logo, as ações, debêntures, bônus de subscrição e partes beneficiárias necessitam não só de algumas características dos títulos cambiais para assim serem classificados. Visou-se neste trabalho a demonstração de que existia uma confusão feita na doutrina e no Ordenamento Jurídico nacional e que somente a discussão e apresentação das características destes títulos de captação de recursos das Sociedades Anônimas (S.A.) possibilitariam o fim deste erro e a pacificação de tal confusão teórica.

Desta feita, percebemos e definimos, de acordo com o exposto ao longo deste estudo, que os títulos de captação de recursos das S.A. são indiscutivelmente valores mobiliários e assim devem ser entendidos e tratados no sistema jurídico comercial brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Teoria dos Títulos de Crédito**. 27 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANTUNES, José A. Engrácia. **Os Valores Mobiliários: Conceito, Espécie e Regime Jurídico**. Porto: 2008. Disponível em: < http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publspesquisa.formview?p_id=3443 >. Acesso em: 19 de abril de 2013.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei 10.406 de 10/01/2002. Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. **Decreto 57.663, de 24 de janeiro de 1966**. Promulga as Convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Brasília: Diário Oficial de União, 1966.

BRASIL. **Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília: Diário Oficial da União, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 19 de abril de 2013.

BRASIL. **Lei 10.198, de 14 de fevereiro de 2001**. Dispõe sobre a regulação, fiscalização e supervisão dos mercados de títulos ou contratos de investimento coletivo, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10198.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2013.

BULGARELLI, Waldírio. **Os Valores Mobiliários Brasileiros como Títulos de Crédito**. Revista de Direito Mercantil. Disponível em: < https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdisciplinas.stoa.usp.br%2Fpluginfile.php%2F48208%2Fmod_folder%2Fcontent%2F0%2FValores_Mobiliarios_e_Titulos_de_Credito.pdf%3Fforcedownload%3D1&ei=M-3V3UbyIE5KG9gSlxIHYAaw&usq=AFQjCNG2CZ2A9M0SGsEfomnMZDMqgop_IQ&bv=bv.45580626,d.eWU >. Acesso em: 19 de abril de 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol 2. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCCA, Newton de. **A ação da sociedade anônima como objeto de negociação no mercado de valores mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/VOL15-6.htm>>. Acesso em: 09 de Março de 2013.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias**. vol. 2. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. **O Conceito de Valor Mobiliário**. in Revista de Administração de Empresas FGV, Rio de Janeiro, 25 (2): 37-51 (págs) abril/junho 1985. Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-75901985000200004.pdf>. Acesso em: 09 de Março de 2013.

PEREIRA, Alexandre Demetrius. **Você sabe o que são valores mobiliários?** 2011. Disponível em: <<http://www.blogdireitoempresarial.com.br/2011/08/voce-sabe-o-que-sao-valores-mobiliarios.html>>. Acesso em: 19 de abril de 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol. 2. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RIZZARDO, Arnaldo. **Títulos de Crédito: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



MITIGAÇÃO DA LÓGICA BINÁRIA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO

*A mediação e as ações de família no novo
Código de Processo Civil.*

Maira Lopes de Castro

Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco UNDB/MA; conciliadora do 6º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania CEJUSC – do TJ/MA; e sócia fundadora da DIALOG – Centro especializado em meios adequados de solução dos conflitos; E-mail: maira.lopes.castro@hotmail.com.

RESUMO

O Poder Judiciário propaga por séculos a lógica binária de resolução de conflitos, reforçando a polarização do processo na figura do ganhador e do perdedor. No entanto, o novo Código de Processo Civil inaugura o que pode vir a significar a ruptura, ou ao menos, a flexibilização dessa lógica, na medida em que viabiliza a promoção da cultura do diálogo pela inserção de meios adequados de diluição do conflito, tais como a conciliação, e principalmente a mediação, no que se refere às ações de família.

PALAVRAS-CHAVES: Conflito. Mediação. Ações de família.

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos de interesse permeiam toda a dinâmica social, sendo estes corriqueiramente direcionados ao Poder Judiciário em formato de lide a ser julgada e decidida pelo magistrado.

O corpo social, munido de uma legislação regada à lógica binária de resolução de conflitos, anseia que um terceiro (em regra o magistrado), imponha a quem concorre à verdade dos fatos, a quem se dirige o direito, definindo-se assim o ganhador e o perdedor no curso processual.

Ocorre que nem sempre o Poder Judiciário consegue responder satisfatoriamente ao mencionado anseio, seja por dificuldades estruturais, seja em virtude do abarrotamento que vivencia. Assim, passou-se a discutir novos meios de concepção do conflito, diferentes meios de tratamento e enfrentamento das demandas que batem à porta do Judiciário.

Inaugura-se assim discussão acerca dos meios adequados de diluição do conflito tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Dentre esses meios destaca-se a mediação, principalmente no que toca aos conflitos derivados de relações continuadas, tais como as

relações familiares, que exigem dos envolvidos o prolongamento de uma relação de diálogo e contato, tendo em vista que este método permite o enfrentamento mais minucioso dos verdadeiros interesses dos mediandos.

Pontua-se, no entanto que esse novo paradigma de enfrentamento dialogado do conflito, cotando com a participação dos envolvidos, era nutrido por fraco arcabouço legislativo, vindo a ganhar espaço mais especial apenas com a Resolução 125 do CNJ, em 2010.

E mais recentemente, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), sancionado em 16 de março de 2015, pela presidente Dilma Rousseff, deu passos importantes na efetivação dessa cultura pela pacificação, merecendo destaque o procedimento especial dedicado às ações de família.

Assim, o objetivo do presente estudo consiste na análise destas alterações, bem como, na apresentação do novo modelo de solução de conflitos, incorporado pelo referido diploma.

2. DA LÓGICA BINÁRIA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO À MEDIAÇÃO

O conflito de interesses pode se manifestar em diferentes esferas, podendo ser intrapsíquico (dentro de cada indivíduo), ou ainda interpessoal (oriundo das relações entre pessoas), bem como intergrupais (quando envolver grupos) (MARODIN; BREITMAN, 2002). Cada forma de manifestação do conflito pode exigir uma abordagem diferenciada, quando se trata dos conflitos interpessoais, corriqueiramente se recai na esfera jurídica como sendo o meio eficaz de solver determinada lide.

Isto porque, é inerente da função estatal a detenção de poder, variando, conforme a evolução histórica, apenas a forma de exercê-lo. Assim sendo, no ordenamento jurídico vigente, o poder estatal é exercido conforme o critério

funcional da “separação de poderes”, insculpido na Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Recorda-se que desde a evolução constitucional inglesa com o *Bill of Rights* (1689), se fala em divisão funcional do poder de forma mais contundente, em virtude principalmente do surgimento do Poder Legislativo independente do Poder Real (FERREIRA FILHO, 2010).

Deste ponto adiante, não obstante as inúmeras teorias existentes a respeito da separação dos poderes concebe-se tal critério como verdadeiro corolário da democracia brasileira, sendo inclusive protegido como cláusula pétrea, conforme artigo 60, §4º, III, CRFB/88.

Assim sendo, a Constituição Federal concede ao Judiciário o papel de principal porta de acesso à justiça, sendo o competente para decidir e solver as lides em caráter de definitividade, nesse sentido o artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/88, segundo o qual “a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, que se traduz justamente na interpretação e aplicação das normas para a resolução de casos concretos solvendo lides com caráter de definitividade, e, com isso, promovendo a pacificação social”.

O Estado atual impõe sua própria atuação como meio ordinário de solucionar os conflitos, sendo a atividade jurisdicional estatal o único meio capaz de solucionar os conflitos, através de certificação, ou seja, declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou ainda da constituição de uma relação jurídica. Assim, qualquer outro meio que fuja dessa lógica é tida como meio alternativo de resolução de conflitos (CALMON, 2013, p.31- 33).

Ocorre que apesar de ser principal via de acesso à justiça, o Poder Judiciário vem enfrentando crises em diferentes aspectos e setores. Pela faceta política o Judiciário encontrou

dificuldades em adequar-se as novas demandas oriundas da abertura do espaço político à sua atuação, com implemento da Constituição Federal de 1988. Já na dimensão não política, destaca-se a estrutura pesada, morosa, com descompasso expressivo entre a procura e a prestação jurisdicional (SADEK, 2004).

A crise do Judiciário é espelho de um Estado igualmente inoperante. Da faceta estrutural, o Poder Judiciário brasileiro foi pensado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais impostos pela globalização. Nesses termos, o tempo do processo judicial é diferente do tempo real, da dinâmica social (SPLENGER, 2012, p.11-12).

Outra grave faceta da crise faz menção à lógica instaurada no Judiciário, na medida em que, conforme palavras de SADEK (2004): “Quando à mentalidade, o Judiciário não difere, neste aspecto, de outras instituições igualmente fechadas, com traços aristocráticos”. Isto porque, prefere o rigor e o formalismo de seus procedimentos, ao enfretamento de questões reais.

Em verdade, o que intenta o Judiciário é a declaração de um vencedor e um perdedor, conforme a verdade dos autos judiciais. Inicia-se uma batalha em busca do convencimento do juiz, seja aduzindo provas substanciais, seja proferindo as mais ultrajantes ofensas à parte adversa.

Ao promover a lógica binária de resolução de conflitos, pretendendo eleger um vitorioso, o Judiciário se afasta da real compreensão do conflito, esquecendo-se que, em uma concepção dialética, deve-se desvincular-se da ilusão de resolução do conflito e entender que este está constantemente se retroalimentando (DYMETMAN, 2011, p.101-102).

Ora, há de ser ressaltado que o direito brasileiro não é necessariamente adversarial. A

mentalidade é que, via de regra, é adversarial, na medida em que as partes se veem enquanto inimigas, e que, os profissionais envolvidos na resolução do conflito de interesses, se veem como adversários, induzindo as partes a nutrirem o mesmo sentimento, quando em verdade deveriam atuar no sentido de garantir satisfação aos seus clientes, inclusive através de transações (CEZAR-FERREIRA, 2011, p.151).

É imperioso que o diálogo seja privilegiado no curso processual, tendo em vista que “a disfunção na comunicação é uma fonte inexorável de conflitos” (CEZAR-FERREIRA, 2011, p.141).

Nesse sentir, “não custa lembrar que apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos” (PINHO, 2011, p.224), portanto, ainda que não se pretenda extirpar o Poder Judiciário, é necessário repensar sua lógica de atuação, permitindo uma releitura e abertura para outras formas de diluição do conflito, tais como a mediação.

Em termos conceituais, a mediação é uma proposta transformadora do conflito, uma vez que não busca a sua decisão por um terceiro, mas sim, pelos próprios envolvidos, através do auxílio do mediador. Assim, a preocupação da mediação não é com litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos, tampouco, tem como finalidade a busca incessante pelo acordo, visando em verdade, ajudar as partes a redimensionar o conflito (WARAT, 2001, p.80).

Na mediação evita-se a polarização entre o vitorioso e o derrotado da demanda, além de se garantir maior criatividade no processo decisório com a construção consensual de uma solução (GABBAY, 2011, p.24). Ou seja, abre-se mão do modelo binário, em prol do modelo cooperativo e coparticipativo, de empoderamento das partes envolvidas pelo conflito.

A mediação também se caracteriza pela imparcialidade do terceiro que auxilia as partes no alcance de suas autonomias. A função do

mediador não é decisória, mas sim de criar espaços transacionais que facilitem a tomada de decisões pelos envolvidos, e ainda, auxiliar na reconstrução simbólica do conflito, na sua transformação, ressignificação, para que seja possível seu enfrentamento de forma dialogada (WARAT, 2001, p.86).

As contradições, as queixas, as carências afetivas, as indiferenças, os abandonos, o convívio com o medo, a agressão, os ressentimentos profundos, a violência física ou afetiva poderão estar encobertas ou explícitas nas pessoas que buscam o profissional do Direito para resolver suas disputas. Este profissional nem sempre está capacitado para ser continente e lidar com estes componentes emocionais e subjetivos, especialmente em situações de crises familiares. Daí a riqueza de ser considerada a opção pela Mediação não apenas como um recurso extrajudicial, mas como um recurso de saúde mental para as partes, bem como para os profissionais nela envolvidos, pois com isso se evitará batalhas intermináveis (MARODIN; BREITMAN, 2002).

Deste modo, na mediação é fundamental trabalhar com os não-ditos do sentido, pois os detalhes do conflito encontram-se de forma mais preponderante no que não foi expresso pelos envolvidos, ou seja, é o não dito que expressa o conflito com um grau maior de riqueza (WARAT, 2001, p.89).

Sensível a essa nova mudança de perspectiva, o Novo Código de Processo Civil, vem introduzir a mediação de forma expressa no ordenamento jurídico pátrio, de forma a privilegiar o diálogo entre os sujeitos envolvidos no conflito.

3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS AÇÕES DE FAMÍLIA

O ordenamento jurídico brasileiro vivencia desde 2010, com a Resolução 125 do CNJ, uma crescente nas políticas públicas de tratamento

adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade.

Para além da Resolução do CNJ, hoje já é possível elencar a Lei nº 13.140, de 2015 (Lei da Mediação) e ainda a Lei nº 13.105, de 2015 (Novo CPC), como instrumentos que tratam de forma diferenciada a introdução dos meios adequados de solução de conflitos.

O Novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, pela presidente Dilma Rousseff, teve seu processo iniciado pelo presidente do Senado Federal, à época, José Sarney, que, através de uma comissão de juristas elaborou o anteprojeto, que posteriormente viria a ser o PLS 166/2010.

A modernização do Código de Processo Civil vigente (1973) inaugura importantes alterações de comportamento no que tange a atuação e lógica instituída pelo Poder Judiciário, dentre elas, o fomento aos meios adequados de tratamento do conflito tais como a mediação.

Desta forma, pontuam-se a partir desse momento, as principais inovações aduzidas pela Lei nº 13.105/2015, referentes, sobretudo ao uso e aplicação da mediação aos conflitos de interesse.

3.1 DO CABIMENTO E EXECUÇÃO DA MEDIAÇÃO

Logo nos limiares do CPC/2015 é possível notar a preferência dada aos meios consensuais de solução do conflito, quando, em seu artigo 3º, § 3º, enuncia que: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

O Código vai além, dando especial atenção a esses mecanismos quando se refere às ações de

família, ou seja, aquelas ações que versam sobre divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação (artigo 963, CPC/2015).

Nesse sentido expõe o artigo 694, CPC/2015 que “nas ações de família, 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”, restando evidente, portanto a opção do legislador.

A mediação e a conciliação são evidenciadas como maneira mais adequada de enfrentamento do conflito, sendo possível inclusive que juiz determine a suspensão do processo, caso seja do desejo das partes submeterem-se a mediação fora do Judiciário, de forma extrajudicial (artigo 694, parágrafo único, CPC/2015).

Essa opção por prática de autocomposição assistida, principalmente nos casos de ações de família, se justifica na medida em que se retorna a natureza jurídica dos conflitos. Tendo em vista que os conflitos se retroalimentam, e que, especificadamente nos casos de família, fala-se de relações continuadas, que se prolongam para além da prolação de uma sentença, o enfrentamento do conflito deve ocorrer da forma mais profunda possível, visando, sobretudo restabelecer o diálogo, com o fim de garantir verdadeira eficácia à solução construída.

Por este mesmo motivo, optou o legislador em facultar a divisão da audiência de mediação e conciliação em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual do conflito (artigo 696, CPC/2015).

Ainda, visando introduzir de forma eficaz essa nova cultura jurídica, os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, conforme as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, com o intuito de realizar sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como, o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar

e estimular a autocomposição (artigo 165, CPC/2015).

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSCS, já são hoje realidade em grande parte dos Tribunais de Justiça do Brasil, segundo informações obtidas no sítio eletrônico do CNJ¹, atualmente, há cerca de 600 CEJUSCS instalados em todo o país, tal como ocorre no Estado do Maranhão, Distrito Federal, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, dentre outros.

Os Centros têm como tarefa introduzir e realizar as sessões de mediação ou conciliação, conforme as orientações do CNJ, para tanto os profissionais devem estar devidamente qualificados e aptos para distinguir as situações em que melhor se adéqua o uso de um ou de outro mecanismo.

Nesse sentido, no que tange a distinção entre o cabimento da mediação e da conciliação, o novo CPC deu as diretrizes de atuação, distinguindo-as nos termos do Art. 165, §2º e §3º:

§2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Desta forma, a reforma corrobora com o entendimento de que a conciliação, até mesmo pela origem etimológica da palavra *consilium*,

¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79681-guia-elaborado-pelo-cnj-orienta-tribunais-sobre-instalacao-de-cejuscs>>

consiste na conduta de dá um “conselho” às partes, no sentido de lhes apresentar, sugerir, soluções para o litígio (PUNZI, 2009, apud, NIEVA-FENOLL, 2014, p.215).

Sendo justamente esse *consilium* o fator de separação entre o mediador e o conciliador, vez que o mediador cuida de tentar reaproximar as partes, consciencializando-lhes sobre suas posições e oportunidades no conflito, com vistas a levar os envolvidos ao empoderamento e tomada de decisões próprias (NIEVA-FENOLL, 2014, p.215-216).

Apesar desses aspectos diferenciadores, a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (artigo 166, CPC/2015).

Especial atenção foi dada ao princípio da confidencialidade na medida em que se frisou a extensão do mesmo a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes, bem como, evidenciou-se a vedação atribuída ao conciliador ou mediador de depor acerca dos fatos e elementos que tomou ciência durante a sessão (artigo 166, §1º e §2º, CPC/2015).

3.2 DA ATIVIDADE DO MEDIADOR

Ao tribunal é permitido formar quadro próprio de mediadores e conciliadores, através de concurso público, provas e títulos, mas estes profissionais devem observar uma série de regras e condições estabelecidas pelo próprio instrumento normativo. Logo no seu artigo 167, o CPC/2015, determina a criação de um cadastro nacional e de um cadastro do tribunal de justiça ou TRF para listagem de profissionais habilitados e disponíveis.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores

e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

Neste diapasão estarão capacitados aqueles que se submeteram ao parâmetro curricular do CNJ, que hoje, por força da Resolução 125 CNJ, se compõe por três módulos sucessivos e complementares, que correspondem a diferentes níveis de capacitação.² Ainda, o artigo 12, §3º da Resolução, estabelece a necessidade de estágio supervisionado após a conclusão dos módulos acima referidos, como forma de aperfeiçoamento da teoria apreendida.

O papel do mediador deve ser munido de cautela, o cuidado ao se expressar deve estar sempre presente, tendo em vista que acaba ocupando o papel de modelo de comunicação para os participantes. Cabe ao mediador estimular a fala das partes, utilizando-se de uma escuta ativa, mostrando-se um interlocutor interessado na fala do terceiro, e, sobretudo atento ao não dito pelo locutor (TARTUCE, 2013, p.49-50).

Assim, é essencial que o profissional seja devidamente instruído nos cursos de formação com toda a bagagem teórica e prática necessária para que se sinta seguro e capaz de abrir mão de seus prejuízos, e da mentalidade já abarrotada da lógica binária e impositiva, em prol da condução neutra, porém consciente, da sessão de mediação.

2 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_publicacao_resolucao_n_125.pdf>

Ademais, o Código de Processo Civil (2015) segue regulando, no sentido de que após efetivação do registro, o tribunal remeterá ao local de atuação do conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional (artigo167, §2º).

Ainda no tocante ao fornecimento de dados, constará no cadastro dos conciliadores e mediadores todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes. Tais dados serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores (artigo167, §3º e §4º, CPC/2015).

Esse dispositivo cria uma forma de controle externo do trabalho do mediador, atribuindo maior transparência para seu ofício. No entanto, é preciso cautela ao ranquear-se os mediadores baseando-se apenas em premissas numéricas (PINHO, 2011, p.228).

Não fica difícil vislumbrar o risco reducionista desta prática ao remonta-se ao real sentido da mediação que é a reconstrução/ressignificação do conflito, e não necessariamente a obtenção de um acordo. Ou seja, o mediador pode em um universo de 10 mediações, obter acordo em apenas duas, mas ter de forma reflexa, obtido sucesso nas demais, no sentido de ter restabelecido o canal de comunicação entre os envolvidos, e tal proceder não poderá ser mensurado por estatísticas numéricas.

De outro lado, podemos ter um mediador que obteve acordo em 90% de suas sessões, mas, deixou de observar com profundidade

os elementos não ditos do conflito. E a este mediador, por meio de mera análise numérica (necessidade de metas), será atribuído o título de melhor mediador, ou mais eficaz, quando em verdade o sentido da mediação está sendo transgredido.

Portanto, por mais que se trate de um importante mecanismo de controle e organização, não deve ser visto como único registro de eficácia ou sucesso das mediações.

Outro dispositivo que causa desconforto no corpo de juristas que tem interesse no campo dos meios adequados de solução de conflitos é o § 5^a, do artigo 167, que assim enuncia: “Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”.

A leitura deste dispositivo impõe ao mediadores/advogados uma difícil escolha, vez que, ao atuarem como mediadores em determinado juízo, se veem impedidos de ajuizar qualquer processo neste local, não podendo sequer acompanhar um cliente para resolução de conflitos naquele local (PINHO, 2015).

Há que se pontuar que os mediadores, que exercem sua atividade no CEJUSC, raramente tem contato com os magistrados, não devendo persistir o argumento de que estes teriam, ao exercer advocacia naquele juízo, maior influência local (PINHO, 2015).

Não se pode confundir o fato do Centro ser instituído dentro do mesmo ambiente físico que as Varas, com o exercício em conjunto destas atividades. Por mais que os Centros sejam nominados de Centros Judiciários de Solução de Conflitos, a atividade exercida por eles não é jurisdicional, mesmo porque está é exercida exclusivamente pelo Juiz enquanto representante do Estado.

Frisa-se ainda que já existe uma limitação lógica e plausível ao exercício da advocacia em

paralelo com a mediação, que se justifica por terem, esses profissionais, acesso a informações sigilosas, e que podem quebrar com o equilíbrio processual da demanda. Assim sendo o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes (artigo 172, CPC/2015).

Portanto, este dispositivo coloca em posição de desigualdade os mediadores, na medida em que a proibição se estende apenas aqueles que exercem a advocacia (PINHO, 2015). No mais, há uma visão falseada da influência e contato que esse profissional pode exercer junto ao magistrado, acarretando um protecionismo exacerbado.

Não escapa ao Código as demais regulamentações quanto à matéria do impedimento, nesse sentir determina que ao identificar o impedimento o mediador deve comunicá-lo imediatamente, de preferência por meio eletrônico, bem como deve proceder com a devolução dos autos ao juiz do processo, ou no caso de já iniciado o procedimento, deve solicitar a distribuição a novo mediador, procedendo à devida redução a termo do ocorrido (artigo 170 caput e parágrafo único, CPC/2015).

É igualmente vedado ao mediador, sob pena de ver-se excluído do cadastro após apuração por processo administrativo, ou ainda afastado de suas atividades por até 180 dias, agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes dos princípios informadores de sua atuação; bem como, atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito (artigo 173, CPC/2015).

3.3 DA REFORMULAÇÃO DO INSTITUTO DA CITAÇÃO

Outro ponto da reforma que merece destaque faz menção à reformulação do instituto da citação adotada pelo CPC/2015. A partir de sua vigência, por força do artigo 695, recebida “a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação”.

Indo além, no §1º do referido artigo, determinada que “o mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo”.

Nesse momento percebe-se efetiva mudança de posicionamento do Tribunal, na medida em que mitiga a polarização da demanda, não citando a parte para se defender, e sim para dialogar com os demais envolvidos.

O dispositivo tem gerado as mais diversas impressões, desde adeptos ao novo modo de proceder, por ter-se privilegiado o ideal da mediação, aos contrários à nova prática sob alegação da violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Para Pablo Stolze (2015) esta mudança favorece o esforço conciliatório, “na medida em que o réu - salvo na hipótese de desejar ir ao cartório tomar ciência do teor da peça exordial (direito que lhe é assegurado) - comparecerá à audiência sem necessariamente saber as razões - muitas vezes agressivas e belicosas - do ajuizamento da demanda (§ 1º, artigo 695)”.

No mesmo sentido o desembargador Jones Figueirêdo Alves (2014), pontua que a citação desacompanhada de cópia da petição inicial (artigo 710 § 1º), visa conferir maior possibilidade de êxito na mediação e conciliação do conflito familiar, em audiência própria. Ressaltando que deve ser assegurado ao réu o direito de examinar o conteúdo da inicial a qualquer tempo.

De outro lado há quem defenda a inconstitucionalidade da citação desacompanhada de contrafé, por eventual afronta ao princípio do contraditório e ampla defesa. Assim, entendem que a falta de contrafé dificulta ao réu a elaboração da sua defesa, sendo essencial, sob pena de nulidade da citação, o conhecimento pelo o que é demandado (MONTEMURRO, 2015).

Para esta corrente o réu restaria prejudicado ante a omissão do mandado, no que tange à cópia da petição inicial, posto que não iria para audiência munido de todas as armas e artifícios dos quais poderia se valer caso tivesse acesso direto a esta exordial.

Sem demérito aos que assim entendem, tal conclusão fragiliza-se tendo em vista que embora ausente à cópia da petição inicial, o mandado citatório permite ao réu o conhecimento da natureza da ação, bem como sua condição de polo da demanda, e ainda, sobre a possibilidade de acesso aos autos judicial. Portanto, o princípio do contraditório é apenas flexibilizado como em diversas outras vezes no CPC, podendo concluir-se pela inocorrência de qualquer nulidade de citação ou afronta ao princípio do contraditório, mas sim um mecanismo sábio e útil à efetividade processual e mitigação de conflitos (MONTEMURRO, 2015).

Tanto é verdadeira a afirmativa de que não há afronta ao princípio da ampla defesa e contraditório que, mediante a não realização do acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o artigo 335, CPC/2015, o qual versa sobre a contestação.

Artigo 335, CPC/2015. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não

comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4o, inciso I;

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

Ademais, reforça-se que a parte citada poderá a qualquer momento ter acesso à peça inicial, não sendo esta encaminhada com o mandado, posto que o objetivo é a autocomposição do conflito, e não a verdade dos autos processuais.

Ou seja, o que se pretende é permitir que, mesmo dentro de uma demanda processual, se realize um deslocamento de lógicas de enfrentamentos instituídas naquele momento. Quando da conciliação/mediação, deseja-se que os envolvidos venham abertos à nova proposta comportamental, e não se deparem logo, prima facie, com o rigorismo procedimental.

3.4 DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O novo Código de Processo Civil extingue ainda com quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito das instituições e pessoas jurídicas de direito público, assim lê-se o disposto no art.174 deste diploma:

Art. 174, NCPC. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e

entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Ademais, maiores especificações podem ser obtidas na Lei 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares, e ainda sobre a possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

A Lei da Mediação segue a mesma orientação no Novo Código de Processo Civil, indo além ao determinar que “a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos” (art.33, parágrafo único).

Desta forma, a tendência é que instituições tais como a Defensoria Pública e a Procuradoria passem a adotar postura mais dialógica quando da tratativa do conflito, tendo em vista contribuir para construção e implementação de uma nova cultura de resolução de conflitos.

Pontua-se ao fim, que a legalidade e segurança jurídica que são exigidas dos órgãos e entidades públicas restarão resguardados, na medida em que, a exemplo, “a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição” (art.34, Lei 13.140/2015).

Demonstra-se assim a real intenção do Novo Código de Processo Civil, em conjunto com a Lei da Mediação, de introduzir esses meios adequados de solução de conflitos no âmbito da administração pública como forma de qualificar a prestação de serviço dos mesmos.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o debate suscitado é possível identificar que o Novo Código de Processo Civil introduz uma nova linha de raciocínio ao Judiciário quando da resolução de conflitos, mitigando a lógica binária de estabelecimento de um ganhador e um perdedor, na medida em que privilegia os meios consensuais de diluição do conflito.

Determinar a preferência pela conciliação e mediação, significa antes de tudo devolver aos envolvidos suas responsabilidades, empoderando-os no sentido de alcançar a solução que melhor se adequa a suas necessidades.

Desvincular-se da rigidez processual, ainda que de forma moderada, em prol da efetividade das soluções é um caminho árduo, mas que aos poucos vai sendo percorrido.

Destaca-se ainda que a introdução efetiva destas mudanças somente será possível com a participação de todos os agentes que atuam na esfera do conflito: partes, advogados, conciliadores, mediadores, servidores, juízes, promotores, defensores, dentre outros. Sendo assim de primeira necessidade a promoção de cursos de atualização e formação de profissionais mais preparados para o diálogo.

Portanto, espera-se que a vigência do Código de Processo Civil/2015, carregue consigo a semente de implementação de um novo olhar acerca do enfrentamento de conflitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo CPC e Família**. 2014. Disponível: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199235,91041-Novo+CPC+e+Familia>. Acesso em: 03 de

outubro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2015.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2015.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. de Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

DYMETMAN, Annie. **Da mediação à transmediação de conflitos: dissolver para resolver**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: condições necessárias**

para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. Tese (Doutorado na área de Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella, **A prática da moderna mediação: integração entre a psicologia e o direito**. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos (orgs.). Aspectos psicológicos na prática jurídica. Campinas: Millenium, 2002. p. 471-88.

MONTEMURRO, Danilo. **A citação nas ações de família é constitucional?**. 2015. Disponível em: <http://painelacademico.uol.com.br/painel-academico/4439-a-citacao-nas-acoes-de-familia-e-constitucional#>. Acesso em: 03 de outubro de 2015.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial?**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual Civil - REDP. v. XIV. ISSN 1982-7636. UERJ: Rio de Janeiro, 2014. p. 215. Disponível em www.redp.com.br. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

PINHO, Débora. **Novo CPC cria restrição para advogados na mediação**. Revista Consultor Jurídico: 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-21/debora-pinho-cpc-cria-restricao-advogados-mediacao>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **O novo CPC e a mediação Reflexões e ponderações**. Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/>

[id/242895/000923117.pdf?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1). Acesso em: 25 de outubro de 2015.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. Estudos Avançados. Vol. 18. N.51. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci_arttext. Acesso em: 16 de outubro de 2015.

SPLENGER, Marion Fabiana; NETO, Theobaldo Splenger. **A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos**. In: SPLENGER, Marion Fabiana; NETO, Theobaldo Splenger (org.). Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. 1 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

STOLZE, Pablo. **O Novo CPC e o Direito de Família: Primeiras Impressões**. 2015. Disponível em: <http://salomaoviana.jusbrasil.com.br/artigos/195620876/o-novo-cpc-e-o-direito-de-familia-primeiras-impressoes>. Acesso em: 03 de outubro de 2015.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. V.1.



A

**TIA, O SOBRINHO, O TRATAMENTO:
RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA NA
DEFENSORIA.**

Pablo Camarço de Oliveira

Defensor público do Estado do Maranhão

Era uma tarde dessas em que eu, um dos Defensores Públicos do núcleo regional em que atuo, havia concluído a participação em várias audiências que ocorreram naquela data específica. Após passar no setor de protocolo, para trazer comigo as petições ajuizadas naquele dia, tomei o corredor externo de saída do fórum, para ir ao estacionamento.

Nesse trajeto, pelo corredor externo, uma senhora um tanto quanto preocupada me abordou repentinamente, perguntando se eu era um dos Defensores Públicos, ao que respondi afirmativamente. Então ela me explicou que um sobrinho possuía um vício forte na utilização de entorpecentes, e que desejava interná-lo numa clínica, para realizar o desejo de vê-lo livre daquela dependência. Orientei-a verbalmente a providenciar documentação que embasaria uma eventual ação de internação compulsória, para que depois pudéssemos preparar a petição inicial propriamente dita.

Alguns dias depois, ela compareceu ao núcleo e conversou comigo novamente, trazendo também a mãe do jovem mencionado. Trouxe praticamente toda a documentação básica para a ação de internação compulsória. Na ocasião, ela trouxe uma carta manuscrita pelo seu próprio sobrinho. Era uma carta dramática, em que um jovem de 33 anos relatava o peso que sentia ao ter vivido os últimos 18 anos arruinados por esse vício, afirmando veementemente que desejava sair daquela situação que tantos danos causava a si e a seus entes. A tia e a mãe estavam preocupadas, e percebia-se que a tia era mais proativa quanto a providências documentais imprescindíveis a nossos peticionamentos.

Com a identificação documental do jovem, constatei um fato passado curioso, graças ao SAGAP (sistema que permite registrar o histórico de um assistido perante a Defensoria Pública): ele não era alguém completamente desconhecido para mim. No ano anterior, numa dessas idas ao presídio em que conversamos com diversos apenados, um deles me explicou que, embora tivesse direito ao regime semiaberto, preferia vivenciar, na prática, o regime fechado. Isso se explicava porque, como o presídio era distante da zona urbana da cidade, ele temia possíveis emboscadas no deslocamento diário de ida e volta típicos do regime semiaberto. Então, buscando alguma solução prática e concreta, e analisando a sua situação processual, constatei a viabilidade do pedido de livramento condicional. Efetuei oportunamente o pedido de livramento, que foi posteriormente deferido. Isso já foi uma melhora na situação dele, que

agora podia conviver com seus familiares. Mas tudo isso ainda se reportava ao passado.

Portanto, quando a sua tia compareceu com a carta em que ele pedia socorro quanto ao vício, tratava-se o jovem de um (não tão antigo) assistido em situação de livramento condicional. Em meio a conversa, ela esclareceu que tinha contato com um diretor de um centro de recuperação conhecido na cidade. Daí conversamos sobre a possibilidade de ela obter com o tal diretor uma vaga no seu centro. Isso seria uma solução mais rápida, que ainda evitaria os gravames de uma ação judicial.

Alguns dias depois, ela retornou com novidades. Ela informou, primeiro, que havia concluído que não seria bom que ele ficasse internado numa clínica situada na mesma cidade em que ele nasceu e se criou, pois as amizades que ele travou desde a infância eram as mesmas que naqueles últimos anos sempre o traziam de volta ao vício, mesmo quando ele tentava vencê-lo, embora não conseguisse. Com isso em mente, ela conseguiu com o diretor do centro local uma vaga para um centro de recuperação parceiro, localizado em outro Estado do Brasil. Diante desse novo quadro, então, pedi-lhe uma declaração do diretor do centro de recuperação local informando detalhadamente que havia vaga no outro centro (com o mínimo de informações que o magistrado provavelmente exigiria ao solicitar modificação das condições do livramento).

Mais alguns dias se passaram, até que ela retornou com uma declaração quase nos termos em que solicitei. Eu digo “quase” porque não era exatamente a maneira detalhada e criteriosa como eu havia pedido, mas, pensando em logo resolver a situação, e confiando na instrumentalidade das formas (como devemos fazer muitas vezes, com a documentação que os assistidos conseguem), arrisquei peticionar solicitando ao juízo da execução penal modificação da condição de comparecimento trimestral ao juízo da comarca local, para viabilizar que o assistido se deslocasse à cidade do centro mencionado (em outro estado).

Contudo, esse documento “mais ou menos” conforme quanto às informações sobre o

novo centro não foi considerado satisfatório na manifestação posterior do Ministério Público. Daí, então, optei por contatar a assistida mais uma vez para que ela trouxesse o documento nos exatos termos e requisitos que eu indicasse (escrevi de próprio punho um esboço de como deveria ser a declaração), sem falhar quanto a nenhum aspecto. Dias depois ela retorna com o novo documento, dessa vez plenamente adequado, informando pormenorizadamente o endereço do novo centro e explicitando que possuía vaga para o assistido, explicitamente identificado, e que só dependeria de autorização judicial para iniciar o tratamento.

Peticionei novamente no processo de execução penal daquele assistido, requerendo a mudança da condição de comparecimento trimestral ao fórum local para outra que fosse compatível com a pretendida mudança do assistido para o novo centro, em outro Estado.

Passaram-se dias, e vez ou outra ela vinha, cada vez mais desanimada porque, do ponto de vista dela, eram muitas providências, documentos e correrias, sem solução imediata. Em algumas consultas, o pedido ainda não havia sido decidido. Até que, numa última visita, ela veio novamente, e eu, já curioso para saber o desfecho final daquilo tudo, consultei o processo e noticiei-lhe imediatamente: “o pedido finalmente foi deferido!”. Orientei-a a ir o quanto antes na secretaria judicial para que pudesse cumprir o mais rápido possível a decisão e, finalmente, embarcar o sobrinho no ônibus. Concluído o atendimento, ela, por fim, se retirou, em feição mais esperançosa, enquanto eu continuei examinando outros processos.

Cerca de meia hora depois, saí de minha sala e fui a outra sala do Núcleo da DPE. Ao abrir a porta, encontrei-a chorando, e, preocupado com aquela situação e tomado de susto, indaguei qual o motivo do choro, imaginando que ela estivesse passando por algum problema. Após um tempinho de silêncio, ela bebeu um pouco de água (gentilmente providenciado por uma auxiliar do núcleo), e me relatou, para minha surpresa, que o choro era de emoção, pois não estava conseguindo acreditar que uma coisa pela

qual passou anos pelejando (pois seu sobrinho era viciado desde os 15 anos de idade) finalmente estava iniciando a ser conquistada. Achei fascinante a emoção de uma tia comparável à alegria de uma mãe que novamente criou uma nova esperança em tratar seu filho de um mal que o acomete.

No dia seguinte, a mesma alegria comovente foi renovada: no mesmo corredor externo onde pela primeira vez vi a tia do jovem clamando por orientação, ela já voltava com o sobrinho e outros familiares, todos sorridentes, dizendo-me que já tinham passado na secretaria, providenciado tudo, e que iam viajar dentro em pouco.

Poderia ser tudo tratado como uma mera petição. Mas o nosso ofício vai para muito além: muitas vezes o ponto forte da atuação está na sensibilização quanto ao clamor do que vem em busca de um mínimo de esperança. O aspecto jurídico, em algumas ocasiões, não passa de um detalhe menor. Aquelas lágrimas sofridas e alegres ao mesmo tempo diziam muito mais em seu silêncio eloquente.



ESCOLA SUPERIOR
Defensoria Pública do MA



DEFENSORIA PÚBLICA
do Estado do Maranhão



**DEFINIÇÃO INICIAL
AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO
DE FAZER COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

Pablo Camarço de Oliveira

Defensor público do Estado do Maranhão

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ
DE DIREITO DA ___ª VARA DA
COMARCA DE _____ - MA**

ASSISTIDO DA DEFENSORIA,
[identificação completa], por intermédio da
**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO
DO MARANHÃO,** com endereço em
[identificação completa do núcleo], nesta cidade,
representada neste juízo pelo Defensor Público
que esta subscreve, legitimamente investido
no cargo de acordo com a Lei Complementar
Federal nº. 80/94 e Lei Complementar Estadual
nº. 19/94, vem, perante Vossa Excelência, propor
a presente

**AÇÃO ORDINÁRIA DE
OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

Em face do **ESTADO DO
MARANHÃO,** pessoa jurídica de direito
público interno, a ser citado na pessoa de
seu representante legal, com endereço na
Procuradoria Geral do Estado do Maranhão,
localizada na cidade de São Luís, Avenida Carlos
Cunha, Bloco B, Edifício Nagib Haickel, s/nº,
2º andar, consoante razões fáticas e jurídicas a
seguir expostas.

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Em princípio, afirma o autor, sob as penas
da lei e na forma do artigo 4º da lei 1.060/50,
que é economicamente e juridicamente
hipossuficiente, portanto titular do direito
público subjetivo à assistência jurídica integral
e gratuita, nos precisos termos do artigo 5º,

LXXIV da Constituição da República, fazendo
jus, pois, à gratuidade de justiça (c.f. declaração
anexa).

DOS FATOS

Segundo informações declaradas por
ASSISTIDO REQUERENTE neste núcleo
de DPE, o mesmo perdeu sua carteira de
identidade há aproximadamente um ano e meio.

Para regularizar essa situação, foi ao
“Viva Cidadão” deste município e do município
vizinho solicitar a segunda via de seu Registro
Geral (carteira de identidade). Nessa ocasião,
obteve a informação de que há nos cadastros
outra identidade constando a mesma digital que
a sua, porém, com os dados qualitativos distintos
(docs. em anexo). Em razão disso, foi suspenso
o seu cadastro.

Diante disso, a DPE oficiou ao Instituto
de Identificação em São Luís (ver doc. anexo)
solicitando esclarecimentos sobre o problema, o
qual comunicou a essa DPE os dois cadastros
ali constantes simultaneamente, em que se nota,
claramente, que um é o referente ao ora assistido
(com sua foto reconhecível) e o outro se refere
a outra pessoa que o assistido desconhece, de
nome SUJEITO. Em razão disso, o Instituto
suspendeu a inscrição do ora requerente.

Ocorre, Excelência, que o cadastro do
Registro Geral do requerente encontra-se
suspenso, de modo que o requerente se vê
prejudicado com essa situação, já que não pode
realizar vários atos da vida civil sem o mesmo,
que é indispensável a outros documentos e
utilização de serviços.

Para confirmar a idoneidade do cadastro

do requerente, junta-se nesta petição uma série de documentos diversos do assistido, que confirmam os dados constantes no seu cadastro na base de dados ASPID (CTPS, Reservista, Sindicato).

DO DIREITO

O Instituto de Identificação é integrante da Secretaria de Segurança Pública do Maranhão. Deste modo, a administração e manutenção do cadastro incumbe a órgão integrante do Estado do Maranhão. Assim, os atos do órgão são imputados à pessoa jurídica que integra, que é o próprio Estado.

Deste modo, o Estado do Maranhão é quem deve cumprir a obrigação de fazer referente ao cancelamento da suspensão do requerente, reativando, no seu banco de dados, o cadastro do ora requerente, para que o mesmo possa emitir sua segunda via de RG. Tal providência é indispensável a outras diligências posteriores necessárias à vida civil do assistido.

DA TUTELA ANTECIPADA

Analisando-se os requisitos para a concessão da tutela antecipada, verifica-se, *in casu*, que a liminar pretendida apresenta-se juridicamente plausível, eis que irrefutáveis a presença dos requisitos que autorizam a sua concessão, a saber, a fumaça do bom direito e, sobretudo, o perigo da demora.

O *fumus boni iuris* decorre da seriedade e certeza dos fundamentos fáticos e jurídicos trazidos a lume, pautados em normas constitucionais e precedentes jurisprudenciais. Com efeito, o direito encontra-se claramente

exposto, pois os demais documentos comprovam que o requerente é o mesmo ASSISTIDO que está com cadastro injustamente suspenso.

O perigo na demora se verifica das complicações decorrentes da injusta supressão da possibilidade de emissão de segunda via, o que já tem trazido inúmeros transtornos ao requerente.

3 DO PEDIDO

Diante do exposto e por tudo quanto analisado, requer-se à Vossa Excelência:

a) A citação do **Estado do Maranhão**, para querendo, apresentar contestação no prazo legal, sob pena de sujeitar-se aos efeitos da revelia;

b) A concessão *inaudita altera pars* de tutela para imediata reativação, pelo Instituto de Identificação do Maranhão, do cadastro digital de ASSISTIDO, e a total desvinculação do cadastro de SUJEITO ao cadastro do ora requerente, cancelando-se a suspensão ali presente;

c) No mérito, reativação, pelo Instituto de Identificação do Maranhão, do cadastro digital de ASSISTIDO, e a total desvinculação do cadastro de SUJEITO ao cadastro do ora requerente, cancelando-se a suspensão ali presente, com a liberação e expedição da segunda via do RG do requerente;

d) O **benefício da Assistência Judiciária e Justiça Gratuita**, tendo em vista que a parte autora não tem condições de arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo próprio e de sua família, nos termos da declaração anexa;

e) A **condenação** do requerido ao

pagamento das custas processuais e dos honorários de **sucumbência**, em prol do **Fundo de Aparentamento da Defensoria Pública (FADEP)** e conforme LC Estadual N. 168/2014, Banco **001**, CNPJ **00.820.295/0001-42**, Agência: **3846-6**, CC: **7946-4**.

f) Sejam asseguradas a esta **Defensoria Pública** as prerrogativas previstas no artigo 24 da Lei Complementar Estadual nº 19/94 e artigo 128 da Lei Complementar Federal nº 80/94, mormente no tocante a **contagem de todos os prazos em dobro e intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição**.

Atribui-se à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 788,00 (setecentos e oitenta e oito reais).

Protesta-se pela produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente a prova testemunhal, cujo rol consta do corpo desta petição inicial, podendo ainda, fornecer outros nomes, caso este juízo julgue necessário.

Nesses termos, pede e espera deferimento.

Cidade do Núcleo da DPE-MA, data.

Nome do Defensor Público signatário

Defensor Público Estadual

Núcleo Regional de ____/MA



ESCOLA SUPERIOR
Defensoria Pública do MA



DEFENSORIA PÚBLICA
do Estado do Maranhão



DEFENSORIA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE PUBLIC DEFENDER OFFICE IN THE
NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Renan Barros dos Reis

Graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho - Piauí (ICF). Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Defensor Público de 1ª Classe na Defensoria Pública do Estado do Maranhão (DPE-MA). Ex-Assessor Jurídico de Juiz no Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI).

RESUMO

Trata-se de estudo objetivo e descritivo acerca das principais previsões do Novo Código de Processo Civil sobre a Defensoria Pública, bem como suas influências e consequências na atuação do Defensor Público dentro do processo judicial cível. Partindo da análise da Defensoria Pública como instituição essencial à justiça com a função de promover os direitos dos necessitados, o estudo se propõe a abordar a importância da instituição como sujeito autônomo do processo, sua função como curadora especial, assim como sistematizar as prerrogativas e responsabilidades do Defensor Público no Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil; Defensoria Pública; Sujeitos do Processo; Curadoria Especial; Prerrogativas; Deveres; Responsabilidades.

ABSTRACT

It is objective and descriptive study about the main forecasts of the New Code of Civil Procedure on the Public Defender Office, as well as their influences and consequences in the work of the Public Defender in the civil lawsuit. Starting from the analysis of the Public Defender Office as essential institution to justice with the task of promoting the rights of the needy, the study is to discuss the importance of the institution as a subject standalone process, its function as a special curator, as well as systematize the prerogatives and responsibilities of Public Defender in the New Code of Civil Procedure.

Keywords: New Code of Civil Procedure ; Public Defender Office; Subject of Procedure; Special Curated; Prerogatives; Duties; Responsibilities.

1. INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2015 foi publicada a Lei nº 13.105, que instituiu o Novo Código de

Processo Civil (NCPC), o qual foi concebido, gestado e nascido sob a égide da Constituição da República de 1988, ou seja, em um Estado Democrático de Direito. Trata-se de um código democrático e plural, o qual absorveu em seu conteúdo boa parte dos anseios das instituições que trabalham no dia-a-dia com processos judiciais, entre os quais se encontram a Defensoria Pública.

O presente artigo visa, dessarte, sistematizar as principais previsões acerca da Defensoria Pública no NCPC, assim como analisa-las no contexto constitucional-democrático cuja Defensoria Pública se insere, esforçando-se para objetivamente restringir ao máximo o âmbito de incidência ao processo judicial cível. Tendo sempre por base a primazia da Defensoria como instituição voltada precipuamente à defesa dos hipossuficientes, ou seja, daqueles que não podem, sem sacrificar seu patrimônio, custear um advogado, verificar-se-á se tais previsões são inovações no ordenamento jurídico ou organização de regras já existentes, assim como as possíveis consequências, positivas ou negativas, que tais dispositivos possam gerar.

Não se pode negar que a maioria das disposições da recente lei adjetiva civil já existia em outras leis ou em entendimentos jurisprudenciais. Ademais, algumas previsões não tiveram maiores consequências práticas a ponto de merecerem referência.

Porém, a codificação e previsão de garantias e institutos atinentes à Defensoria Pública elevam a instituição, de modo que a enraíza no meandro das legislações nacionais e solidifica-a, cada vez mais, em patamar isonômico com as demais instituições essenciais à função jurisdicional, harmonizando a figura da Defensoria Pública como sujeito do processo civil.

Assim, sobressai a necessidade de expor objetivamente sobre o impacto que o regramento do novo Código de Processo Civil tem sobre a Defensoria Pública, bem como as possibilidades

daí surgidas, na medida da importância das previsões e inovações da lei adjetiva.

2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DOS NECESSITADOS

Desde a Constituição de 1988 a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente incumbida da defesa judicial e extrajudicial dos necessitados, também chamados hipossuficientes. Desenvolveu-se e solidificou-se como órgão autônomo no decorrer dos anos e, fruto de vitória da democracia no atual cenário brasileiro, teve sua ampliação com a promulgação da Emenda Constitucional nº 80, em 04 de junho de 2014, que deu nova redação ao art. 134 da Constituição da República de 1988, indicando-a como instituição permanente (princípio da perenidade) e de promoção dos direitos humanos.

Dispõe o citado artigo:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Discorrendo sobre a Defensoria Pública, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2903/PB¹, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, asseverou a importância da Defensoria Pública como instituição essencial à Justiça, cujo trecho restou assim ementado:

DEFENSORIA PÚBLICA -
RELEVÂNCIA - INSTITUIÇÃO
PERMANENTE ESSENCIAL
À FUNÇÃO JURISDICIONAL

1 STF - ADI: 2903/PB, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/12/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-177 Publicação em: 19-09-28. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pag_inador.jsp?docTP=AC&docID=548579>. Acesso em: 08 de março de 2015.

DO ESTADO - O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA

- A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado.

- De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

Trata-se de instituição essencial à garantia constitucional ao acesso à justiça pelos necessitados, que não possuem condição de arcar com as despesas de advogado sem prejuízo de sua subsistência. Nas palavras de FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA (2013, p.1554),

Se o acesso à justiça constitui uma garantia fundamental (CF/88, art. 5º, XXXV),

cumpra ao Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

Eis o contexto em que se insere a Defensoria Pública.

Os defensores públicos são, exatamente, os advogados públicos oferecidos pelo Estado a pessoas carentes.

A defensoria Pública é, então, instituição essencial à Justiça, com a mesma dignidade e importância que o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Advocacia.

Seguindo tais vetores, a Lei Complementar nº 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública), alterada profundamente pela Lei Complementar nº 132/2009, traz a estruturação básica, garantias e prerrogativas institucionais, assim como direitos e deveres dos seus membros.

Entre os seus objetivos, elencados no art. 3º-A, da Lei Complementar nº 80/1994, encontram-se: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Desta forma, pode-se observar que o espectro de atuação da Defensoria Pública é bastante abrangente, eis que visa garantir e promover os direitos das pessoas necessitadas. Trata-se de uma atuação que vai muito além de uma defesa processual, dentro do Poder Judiciário. Diz respeito à satisfação dos anseios dos necessitados da melhor forma possível a estes, em especial extrajudicialmente² ou com medidas preventivas de violações de direitos.

Igualmente importante é o aspecto da defesa dos necessitados através de processos judiciais, seja nos casos de demandas que exigem a jurisdição, seja em casos cuja resolutividade extrajudicial não foi possível, diante da ausência

de conciliação.

Ademais, além da amplitude de atuação da Defensoria Pública, quando se trata da defesa judicial, o Defensor Público, resguardada a sua independência funcional, não tem o condão de escolher os seus assistidos, pois todas as pessoas que são hipossuficientes (econômico ou jurídico), são assistidos em potencial. Não há escolha de quem assistir ou não. É dever constitucional a defesa de todos. Sobre tal assunto, inclusive, se manifestou a comissão instituída pela Associação Nacional dos Defensores Públicos para análise do Projeto de Lei que resultou no novo CPC (ANADEP, 2012, p.17-18), *verbis*:

Note-se que, ao contrário dos advogados privados e até mesmo das entidades que prestam assistência jurídica gratuita, os defensores públicos são pautados pelo princípio da indeclinabilidade das causas, isto é, não gozam da faculdade de negar o patrocínio dos interesses da população carente em razão de excesso de trabalho, falta de especialização quanto à matéria ou qualquer outro motivo.

Assim, o número de ações acompanhadas por um único defensor por vezes pode corresponder a até 70% das demandas em tramitação em um determinado juízo, sendo esta situação corriqueira em todo o país. Não é de se desprezar também que muitas Defensorias Públicas operam com severa redução de quadros, onde o acúmulo de causas é severo e a redação apresentada concorreria para inviabilizar a defesa efetiva de muitos carentes

Nesse ponto releva-se de extrema importância a previsão de dispositivos processuais específicos para a Defensoria Pública, de modo a garantir não apenas à instituição, mas aos próprios assistidos, que a defesa judicial seja realizada com o maior zelo e dedicação possíveis.

² O NCPC inclusive estimula a prática conciliatória pela Defensoria Pública, conforme se verifica nos seus arts. 3º, §3º e 175.

3. A INSERÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A redação original do Código de Processo Civil de 1973 não fez em seus dispositivos qualquer menção à Defensoria Pública. Tal fato se deu pelo simples fato de a instituição não ser prevista constitucionalmente à época. Observa-se que sequer na exposição de motivos do então Ministro da Justiça e principal mentor do CPC/73, Alfredo Buzaid, (Exposição de Motivos nº GM/473-B, de 31-7-72) (BRASIL, 1974), houve qualquer previsão sobre a Defensoria Pública. Apenas com suas posteriores alterações, já na vigência da Constituição Republicana de 1988 é que, paulatinamente, a Defensoria Pública foi sendo inserida no *codex*.

Entre as alterações do Código de Processo Civil de 1973 encontram-se: 1) Lei nº 8.953, de 13.12.1994, alterou o art. 585, II, possibilitando à Defensoria Pública referendar acordo extrajudicial, dando-lhe força de título extrajudicial³; 2) Lei nº 11.965, de 03.07.2009, possibilitou a participação do defensor público na lavratura da escritura pública de inventário e de partilha, de separação consensual e de divórcio consensual⁴; 3) Lei nº 11.382, de 06.12.2006, que proíbe membros da Defensoria Pública de apresentar lances em praças ou leilões judiciais⁵.

3 Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

4 Art. 982. [...]

§ 1º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Art. 1.124-A. [...]

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

5 Art. 690-A. É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens, com exceção:

[...]

III - do juiz, membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, escrivão e demais servidores e auxiliares da Justiça.

Verifica-se, pois, que foram alterações pontuais que, apesar da extrema importância, não tiveram maiores reflexos na atuação judicial dos membros da Defensoria Pública, ou seja, dentro de uma demanda judicializada, eis que dispuseram, essencialmente, sobre a possibilidade de resolução extrajudicial, envolvendo direitos disponíveis, e casos de direito de família e sucessões em que não houver conflito.

Desta forma, a atuação e as garantias previstas aos membros da Defensoria Pública, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, eram previstas exclusivamente na Lei Orgânica (Lei Complementar nº 80/1994), de modo que não havia, como dito alhures, um enraizamento da instituição dentro do processo judicializado.

Assim, o NCPC foi bastante feliz em dispor em título próprio acerca da Defensoria Pública (Título VII), dentro do Livro destinado aos sujeitos do processo (Livro III), especificando, na medida do possível, o seu papel dentro do processo civil. Desta forma, reitera-se o reconhecimento da importância da instituição dentro do procedimento judicializado.

Foi igualmente importante a codificação de dispositivos esparsos que, apesar de já previstos em outras leis ou mesmo em entendimentos jurisprudenciais, dá harmonia e sentido à forma de atuar do órgão defensorial. Entre os quais, a previsão expressa da Defensoria Pública como titular do exercício da curadoria especial, para garantia da defesa técnica dos indivíduos que não foram citados pessoalmente.

4. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO SUJEITO PROCESSUAL – LEGITIMAÇÃO AUTÔNOMA PARA A CONDUÇÃO DO PROCESSO EM FAVOR DO ASSISTIDO

Um dos princípios institucionais da Defensoria Pública é a sua independência funcional, prevista no art. 134, § 4º da

Constituição da República⁶. Tal independência funcional dá ao membro da Defensoria Pública a autonomia necessária para a condução dos interesses do seu assistido da melhor forma possível, livre de interferências externas.

Dissecando o assunto, doutrina SILVIO ROBERTO MELLO MORAES (1995, p.22):

A independência funcional é princípio dos mais valiosos para a Instituição. Para que cumpra seu dever constitucional de manutenção do Estado Democrático de Direito, assegurando a igualdade substancial entre todos os cidadãos, bem como instrumentalizando o exercício de diversos direitos e garantias individuais, representando, junto aos Poderes constituídos, os hipossuficientes, não raras vezes contra o próprio Estado, é necessário que a Defensoria Pública guarde uma posição de independência e autonomia em relação aos demais organismos estatais e ao próprio Poder ao qual encontra-se, de certa forma, vinculada.

Baseando-se nesse panorama da Defensoria Pública como entidade dotada de independência na sua atuação, o NCPC, no Título VII do Livro III, previu-a como sujeito do processo. É, portanto, o maior reconhecimento feito pela lei civil adjetiva acerca da essencialidade da Defensoria Pública no atual cenário processual brasileiro, pois confere-lhe legitimação autônoma para atuar em processos envolvendo direitos individuais ou coletivos dos necessitados.

Prescreve o artigo 185 da Lei nº 13.105/2015:

Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os

graus, de forma integral e gratuita.

Ao reconhecer a Defensoria Pública como sujeito processual incumbido da defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, dá-se a legitimação autônoma para tal instituição na condução do processo.

Nesse diapasão, e dispondo sobre a função institucional da Defensoria Pública, prevê o art. 4º, X, da Lei Complementar 80/94, que a Defensoria Pública pode, para a garantia dos direitos individuais, sociais e promoção dos direitos fundamentais (direitos humanos positivados na ordem constitucional), ajuizar qualquer tipo de ação necessária para tanto. *Verbis:*

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela

Trata-se, neste ponto, conforme dito, da legitimação autônoma para a condução do processo, franqueada a algumas instituições (em especial a Defensoria Pública e o Ministério Público), consistente na possibilidade de ajuizar e acompanhar demandas independentemente de atuarem em nome de outrem, pois, em verdade, atuam em nome próprio. Aplica-se, aqui, o raciocínio expedido por NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (2001, p. 1866) no que tange a processos coletivos:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito

⁶ Art. 134 [...]

[...]

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal

não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos ‘prejudicados pela poluição’, pelos ‘consumidores de energia elétrica’, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozebführungsbefgnis*): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.

Com a Lei nº 13.105/2015, há uma evolução no conceito de parte e de sujeito processual. Não há mais apenas a dualidade entre partes e juiz, porém uma abertura do leque de entes atuantes, para que o processo se resolva o mais brevemente possível. Tanto é assim que o art. 6º da nova lei civil adjetiva dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Afirmam HUMBERTO THEODORO JR. *et al* (2015, p. 78) que “tal opção legislativa mostra que mediante o novo texto não é mais possível cogitar em centralidade do juiz ou das partes; o Novo CPC é um código de todos os sujeitos processuais, é, portanto, policêntrico”.

Observa-se, desta forma, que a Defensoria Pública vai a juízo por si própria, prestando assistência integral e gratuita ao indivíduo, que é parte no processo. Tanto é assim, que a Defensoria Pública atua na defesa do assistido independentemente de mandato, conforme previsto nos artigos 44, XI, 89, XI e 128, XI, da Lei Complementar nº 80/1994⁷, e art. 287,

7 Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

[...]

XI - representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija po-

parágrafo único, II, do Novo CPC⁸.

Ademais, o art. 720, NCPC, traz claramente a distinção entre interessado, Ministério Público e Defensoria Pública como sujeitos aptos à instauração de processos relativos à jurisdição voluntária, veja-se:

Art. 720. O procedimento terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, cabendo-lhes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

Ressalte-se, entretanto, que essa legitimação autônoma, nas demandas individuais, permanece apenas enquanto houver a condição essencial de necessitado do indivíduo. Tal hipossuficiência deve ser encarada tanto no seu sentido jurídico quanto no seu sentido financeiro. Sabe-se que a hipossuficiência financeira, assim como a jurídica,

deres especiais;

Art. 89. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios:

[...]

XI - representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais;

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

[...]

XI - representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais;

8 Art. 287. A petição inicial deve vir acompanhada de procuração, que conterà os endereços do advogado, eletrônico e não eletrônico.

Parágrafo único. Dispensa-se a juntada da procuração:

[...]

II - se a parte estiver representada pela Defensoria Pública;

pode (e deve) ser transitória, de modo que, uma vez findada a situação de hipossuficiência, carece de base para a atuação da Defensoria Pública, e assim, a partir daquele momento, ela não mais deverá fazer parte da relação processual, eis que desapareceu a base (condição de necessitado), devendo a parte constituir advogado⁹. Tal fato, por si só, não retira ou diminui a autonomia da Defensoria Pública como sujeito do processo, ao revés, reafirma que a Defensoria Pública apenas atua enquanto subsiste a condição de hipossuficiente, tendo autonomia para ingressar e deixar de prosseguir no processo.

Dessarte, não se pode mais perceber uma relação jurídico-processual como apenas uma relação triangular que espelha a relação jurídico-substantiva. Ao revés, com o novo Código de Processo Civil exsurge uma dinamicidade dos agentes processuais atuantes para a rápida solução do conflito.

Assim, levando em conta a nova normativa constitucional instituída pela Emenda Constitucional 80/2014, bem como a previsão do art. 4º, X, da Lei Complementar nº 80/1994, outra conclusão não é possível senão a de que a Defensoria Pública possui legitimação autônoma para ajuizar qualquer tipo de ação necessária para a proteção dos direitos de seus assistidos, sejam de natureza individual ou coletiva.

⁹ Diversas leis estaduais dispõem sobre os critérios para se aferir a necessidade financeira apta para a assistência pela Defensoria Pública. A título exemplificativo, a Defensoria Pública do Estado do Maranhão prevê, na Lei Complementar Estadual nº 19/1994, que é necessitado aquele cuja renda pessoal seja inferior a três salários mínimos, ou a média per capita de sua família não ultrapasse metade desse valor. Assim, supondo que um indivíduo queira ingressar com uma ação de usucapião de bem imóvel e comprove que sua renda seja apta à assistência gratuita prestada pela Defensoria, deverá a instituição ingressar autonomamente com tal demanda, prestando assistência integral e gratuita a este indivíduo, que é parte. Caso posteriormente não persista a situação de necessitado financeiro (indivíduo consiga um emprego com renda superior ao critério de necessitado para a Defensoria Pública), deverá a instituição não mais prestar assistência para este indivíduo, requerendo a sua exclusão da lide e solicitando a intimação pessoal da parte para que constitua advogado.

5. A DEFENSORIA PÚBLICA E A CURADORIA ESPECIAL

De acordo com a doutrina de FREDERICO RODRIGUES VIANA DE LIMA (2014, p. 191),

a curatela especial – também denominada curadoria à lide, para esclarecer que se cinge apenas ao processo – possui caráter eminentemente protetivo. Tem por escopo garantir concreta assistência jurídica aos beneficiários, uma vez que a peculiar condição que assumem pode impedi-los de terem ciência e de poderem se defender de forma eficaz.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 9º, previu a figura da curadoria especial para a defesa do incapaz que não tivesse representante legal, ou se seus interesses se colidissem com os do representante, para réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

O NCPC, por seu turno, dispôs de forma similar, com algumas modificações pontuais e necessárias¹⁰, *verbis*:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I – incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II – réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

A finalidade da curadoria especial é, eminentemente, a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, prevista no art. 5º, LV, CRFB/88¹¹. Ela se bifurca em duas possibilidades: de indivíduos que, pela condição especial que se encontram, não tem como

¹⁰ Além da previsão do art. 72, verifica-se a curadoria especial nos procedimentos de inventário e partilha (art. 671), e de interdição (art. 752, §2º).

¹¹ Art. 5º [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

promover a defesa de seus interesses, e a de indivíduos que não foram citados pessoalmente, mas apenas de forma ficta. No primeiro caso, encontram-se os incapazes sem representantes legais e o réu preso. No segundo caso, verifica-se que, ainda que os indivíduos não saibam que contra eles corre determinada demanda, ainda assim lhes serão assegurados o contraditório e a ampla defesa. Em ambos os casos é clara a hipossuficiência dos indivíduos protegidos pela norma processual.

Desta forma, considerando que incumbe à Defensoria Pública a defesa dos interesses dos necessitados (hipossuficientes financeiro ou jurídico), conforme amplamente abordado no presente artigo, a ela naturalmente é dada a função de proteção dos direitos de tais indivíduos. Tanto é assim, que o parágrafo único do art. 72 do Novo Código de Processo Civil previu que “a curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei”.

Conforme indica a comissão da ANADEP (2012, p. 06):

a curadoria especial não intervém de maneira gratuita, ou por qualquer veleidade corporativa. A curadoria especial intervém porque há uma necessidade real. Não temos, longe disso, a hipótese de um órgão público batendo cabeça com outro. Na verdade, trata-se de levar a sério, usando-se a conhecida expressão de Ronald Dworkin, a proteção integral garantida pela Constituição “cidadã”. O propósito, insista-se, é de que a Constituição seja cumprida da maneira mais substancial possível, sobretudo quando estão em jogo as pessoas mais carentes que podem existir no Estado brasileiro — crianças e adolescentes carentes e abandonados pela sorte.

A curadoria especial a cargo da Defensoria Pública, no entanto, não é novidade legislativa, pois já existe desde a Lei Complementar nº 80/1994, que em seu art. 4º, XVI, dispõe:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei

Ademais, em que pese ausência de dispositivo legal expresso, tal garantia de curadoria especial é garantida em todo e qualquer procedimento que possa vir a restringir direitos e que seja necessária a conclusão da relação processual com a citação. Desta forma, continua válida a Súmula nº 196 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que “ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”.

Ressalte-se que, por ser função legalmente atribuída à Defensoria Pública diante da hipossuficiência jurídica desses indivíduos, a ela não se faz possível o pagamento de honorários pelo beneficiário da curadoria especial, à exceção de honorários sucumbenciais, caso encerre vencedora¹².

Por fim, encontra-se expressamente excluída a aplicação do ônus da impugnação especificada ao réu quando sua defesa é

12 Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CURADORIA ESPECIAL EXERCIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. DESEMPENHO DE FUNÇÃO INSTITUCIONAL. HONORÁRIOS NÃO DEVIDOS. DIFERENCIAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO DA DEFENSORIA PÚBLICA SALVO NA HIPÓTESE EM QUE PARTE INTEGRANTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO, CONTRA A QUAL ATUA. SÚMULA 421 DO STJ.

1. A Constituição da República, em seu art. 134, com vistas à efetividade do direito de defesa, determinou a criação da Defensoria Pública como instituição essencial à Justiça, tendo-lhe sido atribuída a curadoria especial como uma de suas funções institucionais (art. 4º, XVI, da LC 80/1994).

2. A remuneração dos membros integrantes da Defensoria Pública ocorre mediante subsídio em parcela única mensal, com expressa vedação a qualquer outra espécie remuneratória, nos termos dos arts. 135 e 39, § 4º da CF/88 combinado com o art. 130 da LC 80/1994.

3. Destarte, o defensor público não faz jus ao recebimento de honorários pelo exercício da curatela especial, por estar no exercício das suas funções institucionais, para o que já é remunerado mediante o subsídio em parcela única.

4. Todavia, caberá à Defensoria Pública, se for o caso, os honorários sucumbenciais fixados ao final da demanda (art. 20 do CPC), ressalvada a hipótese em que ela venha a atuar contra pessoa jurídica de direito público, à qual pertença (Súmula 421 do STJ).

5. Recurso especial não provido. (STJ Resp. nº 1.201.674 - SP, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 06/06/2012, CE - CORTE ESPECIAL)

formulada pela Defensoria Pública na qualidade de curadora especial. É o que diz o art. 341, parágrafo único, veja-se:

Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

[...]

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

Dúvida há, diante da novidade legislativa, se tal ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público de forma indiscriminada ou apenas quando estiver exercendo o múnus da curadoria especial. É que o dispositivo tem redação que pode vir a gerar divergência quando de sua aplicação.

Nesse espeque, defendemos a interpretação literal e sistematizada do citado dispositivo, eis que, caso quisesse que tal medida apenas se aplicasse à Defensoria Pública quando do exercício da curadoria especial, não haveria necessidade de distinção. Ademais, conforme já visto, é a Defensoria Pública quem possui a atribuição legal de exercer a curadoria especial (art. 72, p. ún., NCPC), de modo que não haveria qualquer necessidade na separação da curadoria especial e do defensor público no art. 341, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil.

Portanto, verifica-se que o ônus da impugnação especificada, em verdade, não se aplica a Defensoria Pública, seja na curadoria especial, seja na defesa dos interesses individuais dos hipossuficientes financeiros.

6. DAS PRERROGATIVAS DOS DEFENSORES PÚBLICOS NO NCPC

Os Defensores Públicos, como sujeitos do processo, estão submetidos aos regramentos legalmente previstos para a sua atuação, eis que o andamento procedimental, apesar de ter suas bases na Constituição, tem limitações impostas para garantir o bom andar dos feitos sujeitos ao Poder Judiciário. Contudo, conforme dito alhures, a Defensoria Pública é o órgão legitimamente investido na incumbência da defesa dos necessitados. Assim, o leque de assistidos pela Defensoria é enorme, eis que não pode escolher em que casos atuar.

Desta forma, para que seja realizado um serviço de qualidade, garantindo-se a eficiência do serviço público prestado, necessária a concessão de algumas prerrogativas à instituição quando de sua atuação. É com base nesse raciocínio que à Defensoria Pública é dado à defensoria pública prazo em dobro em todas as suas manifestações, é necessária a intimação pessoal com vista dos autos para os seus membros, assim como é possível a intimação pessoal dos assistidos para providenciarem medidas necessárias ao andamento do processo e de testemunhas para comparecimento em audiência.

6.1. Do prazo em dobro para manifestação no processo

No Código de Processo Civil de 1973 não havia previsão de prazo diferenciado para a Defensoria Pública, apenas para a Fazenda Pública, Ministério Público¹³ e para litisconsortes com procuradores distintos¹⁴. O prazo diferenciado para a Defensoria Pública encontra guarida, desde 1994, em sua Lei Orgânica (Lei Complementar nº 80/1994), a qual prevê que em todas as manifestações da Defensoria Pública esta possuirá prazo em dobro para tanto¹⁵.

13 Art. 188 Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

14 Art. 191 Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

15 Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com

O NCPC uniformizou a concessão distinta de prazos, tanto para advogados públicos, Ministério Público, Defensoria Pública, quanto para litisconsortes com advogados distintos. É o que se verifica dos arts. 180, 183, 186 e 229 da Lei nº 13.105/2015¹⁶.

Ressalte-se que o prazo em dobro para os sujeitos processuais acima indicados é concedido de modo geral, sendo aplicado em todos os graus de jurisdição, relativamente à matéria cível, não prevalecendo quando há determinação de prazo específico para a instituição previsto em lei.

Portanto, não há mais distinção de prazos entre as instituições, ou mesmo em casos de advogados particulares de litisconsortes (com a ressalva de pertencerem ao mesmo escritório de advocacia), fator esse que as coloca em igual patamar.

Tal concessão de prazo independe de qualquer requerimento, eis que se trata de norma cogente, gerando o dever a sua observância, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria¹⁷.

vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos
Art. 89. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos;
Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos;

16 Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1o.

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento.

17 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO. ART. 44, I DA LC 80/94. AGRAVO DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE/MG DESPROVIDO.

1. O prazo para o ajuizamento de Embargos à Execução deve ser contado em dobro no caso em que a parte é representada pela Defensoria Pública,

Sobre esse ponto argumenta FREDERICO LIMA (2014, p. 307):

As prerrogativas surgem em razão da lei. Identificando-se que a representação da parte se dá pela Defensoria Pública, automaticamente se aplica o mandamento legal que assegura a intimação pessoal e o prazo em dobro.

É desnecessário que o Poder Judiciário ou a autoridade administrativa as defira para que elas passem a existir no processo, pois elas não ocorrem *ope judicis*, mas, sim, *ope legis*. A partir do momento em que a Defensoria Pública oficia no feito – seja desde o início, seja em instante posterior –, os prazos devem ser duplicados e as intimações devem ser pessoais.

Insta asseverar que tal prerrogativa se estende aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito às entidades que prestam assistência jurídica gratuita, quando firmam convênios com a Defensoria Pública, ao teor do art. 186, §3º, NCPC¹⁸.

Alteração importante também se deu relativamente à contagem do prazo processual. No Código de Processo Civil de 1973 a contagem se dava em dias seguidos e ininterruptos¹⁹. Desta forma, iniciado o prazo, dias não úteis (sábados, domingos e feriados), eram computados na contagem do prazo processual.

Com o NCPC, a contagem do prazo se dá em dias úteis, conforme previsão no seu art. 219²⁰. A consequência de tal mudança é o elastecimento

consoante disposição do art. 44, I da LC 80/94.

2. Agravo regimental do Município de Belo Horizonte/MG a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AREsp: 141859 MG 2012/0020215-1, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 02/09/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2014)

18 Art. 186 [...]

[...]

§ 3o O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.

19 Art. 178. O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.

20 Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

dos prazos, dando-se, desta forma, maior lapso temporal para as manifestações.

6.2. Da intimação pessoal do Defensor Público com vista dos autos

Intimações, conforme lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2004, p. 429), são “atos destinados a levar fatos ao conhecimento das partes ou terceiros, com eventual comando agregado, têm lugar ao longo de todo o procedimento e são indispensáveis sempre que do ato a ser conhecido o sujeito não tiver conhecimento direto”.

Como atos que levam ao conhecimento dos sujeitos processuais determinadas decisões ou comandos, as intimações ocorrem ou por publicação na imprensa oficial ou pessoalmente. Via de regra, as intimações judiciais ocorrem pela imprensa oficial, através de publicações em diários eletrônicos dos próprios Tribunais. Contudo, em alguns casos específicos e excepcionais, as intimações ocorrem pessoalmente via mandado cumprido por Oficial de Justiça.

No caso das intimações dos Defensores Públicos, além de a intimação ser pessoal, esta deve se realizar com a entrega dos autos do processo em vista. Longe de ser regalia para os membros da instituição, essa intimação pessoal com vista dos autos é necessária eis que aplica em concreto a garantia do amplo acesso à justiça e ao contraditório, na medida em que fornece ao Defensor Público a possibilidade de bem examinar o processo e formular e melhor pretensão em favor do seu assistido.

O anterior Código de Processo Civil não continha qualquer dispositivo nesse sentido, sendo que a previsão legal aplicada sempre foi a contida nos arts. 44, I, 89, I e 128, I, da Lei Complementar nº 80/1994.

Com o NCPC, há previsão expressa da intimação pessoal, conforme se verifica no art. 186, §1º, que dispõe: “O prazo tem início com

a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, §1º”.

Em que pese a ausência de previsão na Lei nº 13.105/2015 acerca da entrega dos autos em vista, continua sendo necessária essa providência por aplicação dos já indicados artigos da Lei Complementar nº 80/1994.

Ressalte-se que tal providência se faz necessária sob pena de nulidade dos atos realizados sem essa intimação com entrega dos autos em vista, independentemente do procedimento utilizado, veja-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE VISTA E INTIMAÇÃO PESSOAL. PRERROGATIVAS DO DEFENSOR PÚBLICO. ART. 89 DA LC n. 80/1994. NEGATIVA DO JUÍZO. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DECRETAÇÃO DA REVELIA NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Firme no propósito de concentrar os atos processuais, o procedimento sumário prevê a necessidade de presença do réu na audiência de conciliação para que, primeiro, seja tentada a autocomposição da demanda e, em caso de negativa, se prossiga com a apresentação de contestação, sob pena de decretação da revelia.

2. Na hipótese, o pedido de vista dos autos pela Defensoria Pública, antes da audiência inicial, nada mais foi do que tentar garantir - em sua plenitude - a assistência à recorrente, conferindo-lhe, dentro da paridade de armas, a maior possibilidade de contrabalançar a desigualdade que afeta às partes, permitindo que ambos os litigantes tenham no processo as mesmas oportunidades de tentar influir na decisão da causa. A Defensoria Pública é instituição estatal criada com o escopo de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem a insuficiência de recursos, de função ímpar em nosso sistema e consagrada no art. 134 da Carta da República.

3. Nessa linha, ciente das consequências jurídicas da audiência inicial do rito sumário, bem como da supressão de seu direito de defesa pelo Juízo - a Defensoria Pública foi impedida de apreciar as circunstâncias da demanda -, não se poderia exigir conduta diversa da recorrente, estando justificada sua ausência, haja vista que, sem realmente poder efetivar a defesa técnica, violado estaria o contraditório, a ampla defesa e inevitavelmente seria tida como revel.

4. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1096396 DF 2008/0218578-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/05/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2013)

Com efeito, a jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ), entendem que a intimação pessoal se perfectibiliza com o recebimento dos autos na Defensoria Pública, sendo desnecessário o ciente do membro da instituição nos autos. É que se presume que a intimação pessoal com recebimento dos autos em vista ocorre com a remessa dos autos ao prédio da Defensoria Pública, com o recebimento de funcionários responsáveis pela organização administrativa interna²¹.

Igualmente, a citação, notificação ou intimação se dá pessoalmente e com vista dos autos quando o Defensor Público exara seu ciente ou retira os autos no próprio cartório (ou secretaria) judicial. Tal ciência decorre de questão lógica, eis que está sendo disponibilizado ao

21 Nesse sentido encontra-se o seguinte julgado: Intimação pessoal do Defensor Público. Ofício encaminhado ao Defensor Público-Geral e recebido por servidor do órgão. Intimação pessoal configurada. (...) Configura-se razoável, para fins de intimação pessoal, proceder-se à inequívoca ciência da Defensoria Pública, por intermédio de ofício ou mandado, devidamente recebido, competindo à Instituição organizar a atuação de seus membros, sob pena de burocratizar o processo, em total desrespeito à efetividade e celeridade da Justiça. Aplica-se, por analogia, o entendimento desta Corte segundo o qual a entrega de processo em setor administrativo, formalizada a carga por servidor do órgão, configura intimação pessoal. Havendo intimação pessoal da Defensoria Pública estadual para a sessão de julgamento da apelação criminal, não há que se falar em nulidade no acórdão prolatado. (HC 99.540, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-5-2010, Segunda Turma, DJE de 21-5-2010.) Vide: AP 458 petição avulsa-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-3-2009, Plenário, DJE de 29-10-2009; AI 707.988-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12-8-2008, Primeira Turma, DJE de 19-9-2008; HC 83.255, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 5-11-2003, Plenário, DJ de 12-3-2004.

membro da Defensoria o inteiro teor dos autos, de modo que, para fins de celeridade processual, se torna despicienda a remessa posterior ao órgão defensorial. Veja-se o art. 272, §6º, do NCPC:

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

[...]

§ 6º A retirada dos autos do cartório ou da secretaria em carga pelo advogado, por pessoa credenciada a pedido do advogado ou da sociedade de advogados, pela Advocacia Pública, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público implicará intimação de qualquer decisão contida no processo retirado, ainda que pendente de publicação.

Portanto, uma vez exarado o ciente ou retirados os autos em cartório judicial, desde logo é considerada válida a intimação pessoal e com vistas dos autos ao Defensor Público, decorrendo a partir daí todos os consectários legais.

Questão tormentosa existe quando se trata de processos eletrônicos. Hodiernamente há convergência de que se virtualizem os processos judiciais, de modo a efetivar celeridade processual e facilitar o acesso tanto pelos sujeitos processuais quanto pelo jurisdicionado, pois multiplica a possibilidade de visualização e informação, em qualquer horário ou local, independentemente de requerimento.

A Lei nº 11.419/06, que regulamentou a informatização do processo judicial, dispõe no art. 9º que as citações, notificações e intimações em processos eletrônicos que viabilizem o acesso à íntegra do processo respectivo serão consideradas vista pessoal, devendo apenas em caso de impossibilidade se utilizar os meios ordinários de intimação (intimação via mandado). Observe-se:

Art. 9º No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio

eletrônico, na forma desta Lei.

§ 1º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

§ 2º Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.

Considerando ser tendência inevitável a informatização do processo judicial, o NCPC determina o cadastramento da Defensoria Pública nos sistemas eletrônicos que paulatinamente estão sendo disponibilizados pelo Poder Judiciário, para que passem a receber citações, notificações e intimações eletronicamente. Essa previsão está contida no art. 270, p. ún., c/c art. 246, §1º, *verbis*:

Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.

Parágrafo único. Aplica-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública o disposto no § 1º do art. 246.

Art. 246. A citação será feita:

[...]

§ 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

Deste modo, a exigência supra é legítima e válida como pessoal apenas em se tratando de processos eletrônicos que tramitam integralmente em sistemas informatizados, cujo

conteúdo integral dos autos seja disponibilizado ao membro da Defensoria Pública.

Portanto, verifica-se que a intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública deve ocorrer mediante a entrega dos autos em vista, ressalvando-se a possibilidade de intimação eletrônica em processos que tramitam na forma informatizada, tudo para garantir a defesa dos assistidos em sua plenitude.

6.3. Da possibilidade de intimação pessoal dos assistidos para providências processuais e das testemunhas para comparecerem em audiência

No dia-a-dia da atividade da Defensoria Pública há o atendimento de diversas pessoas, as quais, pela condição de necessitados, muitas vezes não possuem telefones ou outros meios para contato pessoal direto, fato esse que dificulta a colheita de informações no decorrer do processo judicial, como por exemplo, novo endereço para citação do réu, ou determinação para apresentação de um determinado documento, etc.

Com efeito, a Defensoria Pública, por ser uma instituição nova e em desenvolvimento, possui em regra pequeno corpo funcional, não dispendo de pessoal suficiente para sempre ir às casas dos assistidos para colher informações necessárias para o regular andamento do processo. Desta forma busca-se sempre o contato telefônico que, muitas vezes, não consegue o objetivo do contato pessoal.

Assim, o NCPC, para alcançar a finalidade da tutela jurisdicional efetiva, considerando a condição de necessitado das pessoas que são assistidas pela Defensoria Pública, e baseado na cooperação entre as instituições (art. 6º, NCPC), determina que o Poder Judiciário preste auxílio nesse ponto, através de seu corpo institucional, mormente pelo profícuo trabalho dos oficiais de justiça, para que possa haver o contato direto com a parte, com o fito de manifestar-se ou

providenciar o necessário ao andamento do feito.

Desta forma é que o NCPC, em seu artigo 186, §2º, dispõe sobre tal possibilidade de o juiz determinar a intimação pessoal da parte assistida pela Defensoria Pública para providência ou informação necessária, veja-se:

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

[...]

§ 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

Tal previsão já havia receptividade por parte de alguns Tribunais, conforme se verifica no seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA AÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DE PARTE ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. NECESSIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM EXAME DO MÉRITO. DESCABIMENTO.

Tratando-se de parte assistida pela Defensoria Pública, a intimação para a emenda da inicial, visando o cumprimento de exigência só realizável pelo próprio Autor, deve ser procedida na pessoa desta, e não ao Defensor que exerce o patrocínio da causa.

Notório o fato de que a Defensoria Pública não goza da mesma disponibilidade dos advogados particulares, atuando, na maioria das vezes, sem muita proximidade de seus assistidos.

Logo, no presente caso, a determinação de juntada de documento essencial à propositura da ação cumpre ser feita ao próprio Autor que, em última análise, é que sofrerá as consequências pelo indeferimento da inicial.

Sentença cassada. Apelação provida.

(TRF-2 - AC: 160100 98.02.01927-5, Relator: Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA, Data de Julgamento: 20/06/2001, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::06/11/2001).

Outrossim, prevê a Lei nº 13.105/2015, no art. 455, §4º, IV²², que as testemunhas arroladas pela Defensoria Pública devem ser intimadas pela via judicial, enquanto a regra geral (*caput* desse mesmo artigo) é que os advogados providenciem a comunicação das testemunhas acerca da data, horário e local da realização da audiência.

Portanto, tal previsão veio para facilitar o acesso à justiça aos necessitados, assim como preservar o princípio constitucional do contraditório, dando a possibilidade de a Defensoria Pública efetuar serviço seu serviço de forma célere e eficaz, o que, ao final, beneficia sempre o hipossuficiente.

7. DEVERES E RESPONSABILIDADES DO DEFENSOR PÚBLICO NO NCPC:

Os membros da Defensoria Pública possuem, além de prerrogativas, deveres legais impostos ao exercício de suas funções que, entre as quais as previstas no art. 116, incisos I, II, III, IX e XI da Lei nº 8112/90²³, previstas para

22 Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.

[...]

§ 4º A intimação será feita pela via judicial quando:

[...]

IV - a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública;

23 Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

[...]

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

[...]

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

os servidores públicos em geral, mas que são igualmente aplicáveis aos Defensores Públicos.

Para SILVIO ROBERTO MELLO MORAES (1995, p. 104-105),

O Defensor Público, como agente político do Estado, deve pautar sua vida, pública e particular, pela correição, serenidade e honestidade, zelando, sempre pelo prestígio da Justiça e preservando o bom nome da Instituição. Deve ainda velar pela dignidade de suas funções, sempre tendo em mente que não pode deixar de cumprir os deveres que lhe são impostos pela Constituição Federal e pelas Leis, nem renunciar a qualquer parcela de seus poderes ou prerrogativas que lhe foram conferidos. Isto porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim, para serem utilizados em benefício daqueles que o Defensor Público tem o dever de assistir. Descumprilos ou renunciá-los será o mesmo que desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se no cargo de Defensor Público.

Outrossim, foram previstos deveres e responsabilidades aos membros da Defensoria Pública pelo Novo Código de Processo Civil. Tais deveres são oriundos especialmente do princípio da boa-fé processual, que impõe o tratamento digno entre os sujeitos processuais, com respeito mútuo e tratamento sério do processo constitucional-civil.

Assim, o art. 5º do NCPC anuncia que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Brota daí o dever de agir subjetivamente de boa-fé (não exercitar atos dolosamente de má-fé), assim como respeitar-se objetivamente as exigências de ordem ético-jurídica-processual. Nas palavras de JUDITH MARTINS-COSTA (2006, p. 42), “decorre de a boa-fé, em sua acepção objetiva, uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte”.

Doutrina sobre a boa-fé processual
HUMBERTO TEODORO JR. *et al* (2015, p. 163):

Tal princípio no campo processual tem como destinatários todos os sujeitos processuais e não somente as partes, alcançando juízes e tribunais.

Ele se torna uma das grandes premissas do processo cooperativo/comparticipativo encampado pelo Novo CPC, de modo a estabelecer um diálogo transparente e eficiente entre os sujeitos processuais, com assunção plena de responsabilidades, mas vedando o comportamento que infrinja as finalidades da atividade processual.

A violação à boa-fé processual, seja ela subjetiva ou objetiva, enseja conduta que deve ser coibida por todo o ordenamento jurídico, tanto é assim que o NCPC assim o fez, prevendo punições para aqueles que a violarem.

Partindo da premissa supra, o art. 77 do Novo Código de Processo Civil²⁴ delinea,

24 Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

- I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;
 - II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
 - III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;
 - IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
 - V – declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;
 - VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.
- § 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.
- § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.
- § 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.
- § 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.
- § 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.
- § 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.
- § 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte

exemplificativamente, alguns deveres processuais que devem ser seguidos pelos sujeitos do processo, sob pena de sanções previamente expostas, entre as quais se encontram multas de até vinte por cento do valor da causa, podendo tal valor ser aumentado até o máximo de dez salários mínimos, sanções cíveis (perdas e danos) e criminais.

Contudo, em conformidade com o art. 77, §6º, do NCPC, tais penas não se aplicam aos membros da Defensoria Pública, pois, considerando a autonomia da instituição, a violação à boa-fé processual deve ser apurada dentro do próprio órgão ao qual o Defensor Público faz parte, devendo o juiz oficiar a corregedoria respectiva para que seja realizada essa verificação.

Ressalte-se que além da responsabilização administrativa do Defensor Público perante sua instituição, deve este ainda ser regressivamente responsabilizado quando atuar com dolo ou fraude, nos termos do art. 186 do Novo CPC²⁵.

Ainda, quando o Defensor Público der causa a adiamento ou repetição de atos processuais necessários, deverá este arcar com as despesas decorrentes. Nesse caso, deve-se verificar se tal fato decorreu de violação à boa-fé objetiva. Esse custeio encontra-se no artigo 93 do Novo CPC:

Art. 93. As despesas de atos adiados ou cuja repetição for necessária ficarão a cargo da parte, do auxiliar da justiça, do órgão do Ministério Público ou da Defensoria Pública ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição.

Conclui-se, desta forma, que além do dever ético-administrativo, o Defensor Público

de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

25 Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

possui o dever jurídico-processual de atuar em conformidade com a boa-fé, de modo a resguardar os interesses de seus assistidos, promovendo o processo civil de forma cooperativa com os demais sujeitos processuais, sob pena de incursão em sanções administrativas e processuais específicas.

8. CONCLUSÃO

A Defensoria Pública, como instituição constitucionalmente prevista para a defesa dos necessitados (artigos 5º, LXXIV e 134, da Constituição da República de 1988), vem se solidificando como entidade essencial à justiça e fincando suas raízes por todo o emaranhado jurídico nacional. Assim, previsões legislativas isoladas na Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/1994) estão cada vez mais detalhadas e espalhadas nas leis que organizam e ordenam o Estado Democrático Brasileiro.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) a Defensoria Pública ganhou local de destaque dentro do diploma reitor dos procedimentos e formas que envolve todo o Judiciário, elevando ainda mais a carreira defensorial, participando, assim, ativamente da formação e condução dos processos judiciais. Em que pese alguns dispositivos já existirem no ordenamento jurídico pretérito, incorporaram-se diversas novidades ao texto legal, ampliando o espectro de atuação da Defensoria Pública.

A previsão de um capítulo exclusivo para a Defensoria Pública dentro do livro sobre sujeitos do processo é o reconhecimento da autonomia da instituição na condução processual, garantindo-se-lhe independência.

O reconhecimento da Defensoria Pública como titular da função de curadoria especial outorga à instituição o dever da garantia de defesa do contraditório e da legalidade nas

ações judiciais em que se encontram indivíduos hipossuficientes juridicamente, seja por não serem encontrados para responder à demanda diante de citação ficta, seja por de indivíduos que, pela condição especial que se encontram, não tem como promover a defesa de seus interesses.

A codificação de prerrogativas próprias à atuação judicial da Defensoria Pública (tais como prazo em dobro em todas as suas manifestações, intimação pessoal com vista dos autos, intimação pessoal dos assistidos para providenciarem medidas necessárias ao andamento do processo e de testemunhas para comparecimento em audiência) fornece aparato jurídico para que seja efetuado serviço qualificado, aumentando assim a eficiência.

Ainda, ao dispor sobre a responsabilização administrativa e cível do membro da Defensoria Pública, subsidia a proteção ao princípio da boa-fé, implicando-se a cooperação e participação entre a Defensoria Pública e as demais instituições consideradas sujeitos do processo, para que se possa fornecer a contento a satisfação dos direitos daqueles que necessitam.

Conclui-se que a publicação do NCPC não põe fim às controvérsias processuais existentes, muito menos é ponto pacífico na discussão atual, contudo, no que tange à atuação da Defensoria Pública dentro do processo judicial cível, evoluiu de forma significativa, merecendo os devidos aplausos.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP). **Parecer da comissão instituída pela Associação Nacional dos Defensores Públicos para Análise do Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília, 2012. p. 17-18. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/14949/Relat_rio_CPC_ANADEP_final_30_07.pdf> Acesso em: 08 de março de 2015.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JR., Humberto. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. **Código de processo civil: histórico da lei**. Volume I. Tomo I. SENADO FEDERAL: 1974. Disponibilizado em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 08 de março de 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. Comentário ao artigo 134. In: CANTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao Novo Código Civil. v. V, t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Silvio Roberto Mello. **Princípios institucionais da Defensoria Pública – Lei Complementar 80**, de 12.1.1994 anotada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

NERY JR., Nelson; NERY, R. M. de A. **Código de processo civil comentado**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.



ACÇÃO. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Renan Barros dos Reis

Graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho - Piauí (ICF). Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Defensor Público de 1ª Classe na Defensoria Pública do Estado do Maranhão (DPE-MA). Ex-Assessor Jurídico de Juiz no Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI).

**EXMO(A). SR(A). JUIZ(A) DE DIREITO
TITULAR DA 1ª VARA DA COMARCA
DE ZÉ DOCA-MA**

Ref.: Proc. nº 1347-98.2015.8.10.0063

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos arts. 5º, LXXIV, 134, da Constituição da República, art. 4º, VII e XI, da Lei Complementar Federal nº 80/1994, art. 5º, II, da Lei nº 7347/85 (Lei de Ação Civil Pública), Lei nº 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e Lei Complementar Estadual nº 19/1994, ajuizar a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR
ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Em desfavor de _____, brasileiro, casado, prefeito municipal de Zé Doca-MA, CPF nº 000.000.000-00, com endereço profissional na Prefeitura Municipal de Zé Doca-MA, Av. Militar S/N, Vila de Becker, S/N - CEP: 65365-000, nesta comarca, e _____, brasileiro, Secretário Municipal de Administração do Município de Zé Doca-MA, RG nº 00000000-0, CPF nº 000.000.000-00, com endereço profissional na Prefeitura Municipal de Zé Doca-MA, Av. Militar S/N, Vila de Becker, S/N - CEP: 65365-000, nesta comarca, consoante as razões fáticas e jurídicas a seguir aduzidas.

I – ATUAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. INTIMAÇÃO PESSOAL COM ENTREGA DOS AUTOS. CONTAGEM DOS PRAZOS EM DOBRO

Vale lembrar que em se tratando de atuação da Defensoria Pública, as **intimações devem ser pessoais**, com **vista dos autos** e todos os **prazos processuais contados em dobro**, conforme dispõem os art. 128, I, da Lei Complementar nº 80/1994, art. 5º, § 5º, da Lei nº 1060/1950 e art. 24 da Lei Complementar Estadual nº 19/94.

A jurisprudência vem acompanhando tal entendimento, veja-se:

A legislação processual civil não exige qualquer formalidade para que seja conferido o prazo em dobro (art. 89, I, da LC nº 80/94) à parte necessitada que esteja assistida por Defensor Público, mostrando-se despicienda a exigência de prévia cientificação do juízo sobre a assistência pela Defensoria Pública. Com isto, dúvida não remanesce de que, em face da assistência pela Defensoria Pública, o prazo para a Apelante contestar, é de 30 dias, na forma prevista no art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 c/c art. 89, I, da LC nº 80/94, contado da juntada do AR da carta de citação, nos moldes do art. 241, do CPC.

(TJPI, Ap. Cív. Nº 201100010003564, Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho, Julgamento em 5.10.2011)

II – SINOPSE FÁTICA

Desde a instalação do Núcleo Regional da Defensoria Pública do Estado do Maranhão em Zé Doca-MA, em 29 de outubro de 2013, esta vem tentando ao máximo e com o maior zelo possível prestar a integral e gratuita assistência jurídica àqueles que mais precisam. Assim, muito além de ingresso de ações judiciais, a DPE/MA tenta solucionar os casos que chegam de forma efetiva, primando pela resolução extrajudicial dos conflitos.

Como forma de tentar efetivar ao máximo os direitos individuais e coletivos dos necessitados, comumente a Defensoria se utiliza das requisições de informações e documentos de entidades públicas e privadas, eis que muitas vezes as pessoas sequer sabem os seus direitos,

de modo que é premente a necessidade de busca dessas informações.

Com efeito, desde a instalação deste Núcleo Regional em Zé Doca-MA, a Defensoria Pública vem passando por dificuldades na resolução dos conflitos envolvendo o ente público municipal, mormente os atos de competência dos réus, seja pelos constantes embaraços que os réus impõem, seja pela sempre constate omissão nas respostas às requisições defensoriais.

Verifica-se que os réus, prefeito municipal e secretário municipal de administração, respectivamente, corriqueiramente não respondem às requisições da Defensoria Pública do Maranhão, mesmo após serem reiteradas, demonstrando verdadeira indiferença com a atividade exercida pela DPE/MA.

Segue abaixo alguns casos de requisições não atendidas pelos requeridos, cujas cópias dos ofícios instruem a presente ação:

a) Ofícios nº 10/2013-DPE/MA, 24/2014-DPE/MA e 25/2014-DPE/MA

Verifica-se a ausência de resposta ao Ofício nº 10/2013-DPE/MA, datado de 11 de novembro de 2013 e recebido pela Administração Municipal na mesma data, requisitando informações acerca da situação do Projeto Conviver do Município de Zé Doca-MA, eis que um assistido (_____) comparecera ao Núcleo Regional afirmando que tal projeto, destinado a estimular a convivência sadia e harmoniosa das pessoas da terceira idade, não estava sendo devidamente implementado.

Desta forma, a DPE/MA requisitou informações com o fulcro de verificar se tais afirmações do assistido eram verdadeiras, total ou parcialmente, e tomar as devidas providências.

Contudo, o Sr. _____, destinatário do Ofício, permaneceu silente, menosprezando a requisição defensorial. Tanto foi assim, que quatro meses depois, através do Ofício nº 24/2014-DPE/MA datado de 03

de fevereiro de 2014 e recebido em mesma data, houve reiteração ao Ofício nº 10/2013-DPE/MA.

Tentando ainda resolver amistosamente a situação, a DPE/MA ainda confeccionou o Ofício nº 25/2014-DPE/MA, datado e recebido em 03 de fevereiro de 2014, com o mesmo conteúdo do ofício nº 10/2013-DPE/MA, contudo destinado ao segundo requerido, o secretário municipal de administração, Sr. _____, já que o prefeito municipal até então não respondera a requisição.

Passados mais de um ano e oito meses da primeira requisição, até o presente momento os requeridos sequer responderam que não poderiam (ou não queriam) fornecer as informações.

O assistido nunca mais compareceu à Defensoria Pública Estadual, provavelmente descrente que o prefeito municipal e o secretário municipal de administração tomariam alguma providência em relação ao descaso indicado, de modo que, até hoje, permanece a omissão (provavelmente dolosa) na resposta às referidas requisições.

b) Ofício nº 19/2014-DPE/MA/Zé Doca/Requisição

Através do Ofício nº 19/2014-DPE/MA/Zé Doca/Requisição, datado de 28 de janeiro de 2014 e recebido em mesma data, foi requisitado ao Secretário Municipal de Administração, requerido _____, no prazo de cinco dias úteis, certidão informando que a assistida _____ não era mais funcionária da Prefeitura Municipal de Zé Doca, procedendo-se à respectiva baixa na situação cadastral, bem como efetuar os repasses das verbas previdenciárias ao INSS relativo ao período em que a assistida lá trabalhara.

Tal requisição foi realizada devido à assistida informar que não conseguira receber

seu seguro-desemprego em virtude de a administração municipal não ter dado baixa em seu vínculo.

Contudo, até o presente momento o Secretário Municipal de Administração não respondeu a requisição, ainda que fosse para informar que não poderia (ou não iria) dar a referida baixa.

Nesse caso, há mais de um ano e meio a assistida está aguardando a resposta do secretário de administração, que pouco faz da requisição defensorial.

c) Ofício nº 045/2015-DPE/MA

Através do Ofício nº 045/2015, datado e recebido em 26/02/2015, esta DPE/MA Núcleo Regional de Zé Doca-MA requisitou do Prefeito Municipal, Sr. _____, no prazo de vinte dias, relatório circunstanciado sobre:

I) Constituição, funcionamento, estruturação, manutenção e transferência de verbas para o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, bem como, no caso de sua inexistência ou deficiência, eventuais propostas e/ou motivos da inércia municipal;

II) Constituição, funcionamento, estruturação, manutenção e transferência de verbas para o Conselho Tutelar, bem como, no caso de sua inexistência ou deficiência, eventuais propostas e/ou motivos da inércia municipal;

III) Programa de acolhimento para crianças e adolescentes em situação de risco, bem como, no caso de sua inexistência ou deficiência, eventuais propostas e/ou motivos da inércia municipal

IV) Existência de creches infantis para acolhimento de crianças de 0 (zero) a 06 (seis) anos de idade, bem como, no caso de sua inexistência ou deficiência, eventuais propostas e/ou motivos da inércia municipal.

Tal requisição baseou-se nos direitos/garantias que crianças e adolescentes possuem em terem providos, mormente pela administração pública municipal, com absoluta prioridade, os direitos à vida, à saúde e à educação, nos moldes do art. 227 da Constituição da República.

Entretanto, passados mais de cinco meses, o Sr. Prefeito Municipal não respondeu ao ofício, talvez por não querer expor a situação municipal em relação aos adolescentes e crianças zé-doquenses, ou por absoluto desrespeito às determinações legais acerca do poder requisitório da Defensoria Pública.

d) Ofício nº 078/2015 – DPEMA/Zé Doca

Igualmente, o prefeito municipal, Sr. _____, não respondeu à requisição constante do Ofício nº 078/2015 – DPEMA/Zé Doca, datado de 14 de abril de 2015 e recebido em 22 de abril de 2015, o qual requisitou informações acerca do procedimento de assentamento e funcionamento do local conhecido como “Camelódromo”, eis que os feirantes ali localizados foram notificados pelo DNIT para deixarem o local e necessitam de assistência jurídica em face desta autarquia.

O Sr. Prefeito Municipal não respondeu à referida requisição, de modo que os feirantes estão com a defesa prejudicada por ausência de informações precisas sobre a aprovação ou não pelo poder público municipal do funcionamento onde se encontram instalados.

Toda essa explanação acerca das requisições não correspondidas pelos requeridos, em que pese longas, servem para demonstrar a quantidade de prejuízo que esses agentes públicos causam aos seus cidadãos, ao não cumprirem com o dever constitucional de legalidade com as instituições.

Ao não responderem às requisições da Defensoria Pública do Estado, não é esta quem se prejudica, mas sim os seus assistidos, que são as pessoas já bastante excluídas da sociedade,

que constantemente são vulneradas em seus mais mezinhos direitos pela Administração Pública.

Desta forma, considerando a violação constante à prerrogativa da requisição, e como medida eficaz e útil à consecução das finalidades contidas na demanda (obediência às requisições pretéritas e futuras), cabível a presente via de ação de improbidade administrativa para o caso.

III – FUNDAMENTOS JURÍDICOS

a) Da legitimidade ativa da Defensoria Pública para atuar no caso *sub examine*.

A Defensoria Pública, especialmente após a Emenda Constitucional nº 80, promulgada em 04 de junho de 2014, teve, no cenário nacional, uma ampliação de sua competência, de modo que sua atuação envolve a defesa integral e gratuita dos necessitados, bem como a promoção dos direitos humanos. Eis a nova redação dada ao art. 134 da Constituição da República de 1988:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e **coletivos**, de **forma integral** e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Tal dispositivo Constitucional tem como reflexo imediato a legitimação autônoma da Defensoria Pública para a promoção dos direitos coletivos, de modo que tal instituição ganhou forças, na medida em que não atua apenas na assistência judicial aos necessitados, em que pese ser essa a sua função primordial, mas também na garantia de que todas as pessoas possam ter uma vida digna, postulando inclusive contra indivíduos que, investidos no poder público, descumprem os mandamentos constitucionais e legais inerentes à sua atuação.

Nesse diapasão, e dispoendo sobre a função institucional da DPE, prevê o art. 4º, VII, X e XI da Lei Complementar 80/94, que a Defensoria Pública pode, para a garantia dos direitos individuais, sociais e promoção dos direitos fundamentais (direitos humanos positivados na ordem constitucional), ajuizar qualquer tipo de ação necessária para tanto. *Verbis*:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

VII – promover ação civil pública e **todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;**

[...]

X – promover a mais ampla defesa dos **direitos fundamentais dos necessitados**, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, **sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;**

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;

Veja-se que a LC nº 132/09, ao ampliar a atuação da Defensoria Pública, fala em defesa judicial de direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita (art. 1º), e especificamente em promoção de Ação Civil Pública, e qualquer outro tipo de ação, capaz de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (art. 4º, VII) e em promoção da mais ampla defesa dos direitos

fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (art. 4º, X).

Ainda, prevê o art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85, a legitimidade autônoma da Defensoria Pública do Estado para propor Ação Civil Pública para a proteção dos direitos ali elencados. Veja-se:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

II - a Defensoria Pública;

Nesse ponto, deve-se observar que a Lei de Improbidade Administrativa, por ser uma lei que observa a garantia de tutela do patrimônio público e dos princípios da administração (que igualmente possuem reflexo público), deve ser analisada dentro do conjunto de legislações para a promoção de tutelas coletivas, assim como o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.

Assim entende o Superior Tribunal de justiça, conforme se verifica dos excertos de julgados que se colacionam abaixo:

[...]

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

[...]

(STJ. REsp n. 510150, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/02/2004.)

Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado

Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a **Lei da Ação Popular**, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para “*propiciar sua adequada e efetiva tutela*” (art. 83 do CDC).

[...]

(STJ. REsp n. 1221254, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012).

Portanto, conclui-se que a intenção do legislador, ao editar normas de reenvio, tanto entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública, proporciona um verdadeiro microsistema de tutela coletiva de direitos, ampliando-se a legitimidade para a verificação da probidade dos entes públicos que ali estão para garantir o bem-estar dos que mais necessitam.

A improbidade administrativa, ou seja, a atuação desmoralizada e egoística de um agente público ou terceiro, é uma das inúmeras nocividades que existe em nossa sociedade, sempre a subtrair as nossas reservas que deveriam ser utilizadas para a consecução do bem comum. Deve-se ter bem nítido em nossa mente que a Defensoria Pública foi criada e existe para defender interesses de terceiros, seja de modo individual ou coletivamente, de modo que, como legitimada a garantir os bens coletivos, igualmente é legitimada à garantia da probidade administrativa.

Conforme analisa _____

_____, “*sem probidade administrativa não há dignidade da pessoa humana e nem redução das desigualdades sociais. Sem probidade do agente público inexistirá Estado Democrático de Direito. E, os direitos humanos naufragam na ausência de probidade do administrador da coisa pública*”¹.

¹ <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8101>

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, instado a manifestar-se acerca da legitimidade do ajuizamento de ação civil pública por improbidade administrativa pela Defensoria Pública assentou o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA.

A conjunção da Constituição Federal com as leis nº 7.347/85 (art. 5º, II, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07), Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a LC nº 132/09) não deixa dúvidas acerca da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública não apenas na defesa dos necessitados, em atenção às suas finalidades institucionais, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, na forma da lei.

É manifesta a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas que visem garantir, modo integral e universal, a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e garantir, acima de tudo, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

Hipótese concreta em que a Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública visa apurar supostos atos de improbidade administrativa cometidos por administradores da APAE - Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais.

Legitimidade ativa reconhecida. Decisão a quo que indeferiu pedido de extinção da lide sem resolução de mérito que vai confirmada.

RECURSO DESPROVIDO.

(TJRS. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70034602201. Julgamento em: 19 de maio de 2010).

Desta forma, levando em conta, assim, a nova normativa constitucional instituída pela Emenda Constitucional 80/2014, bem como a previsão dos arts. 1º e 4º, VII X e XI da Lei Complementar nº 80/1994 e art. 5º, II, da Lei de Ação Civil Pública, assim como considerando o microsistema de garantia de tutela coletiva, outra conclusão não é possível senão a de que a Defensoria Pública do Estado possui legitimidade para ajuizar qualquer tipo de ação necessária para a proteção de direitos fundamentais de seus assistidos, inclusive ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

b) Do ato de improbidade administrativa. Violação à prerrogativa de requisição. Violação à dignidade da pessoa humana dos assistidos da Defensoria Pública do Estado

A Constituição da República de 1988 é o maior símbolo da soberania brasileira e fruto de uma vitória da cidadania sobre um tempo ditatorial, em que os detentores das funções do Poder o exerciam sem qualquer fiscalização apurada e sem maiores contratempos. Faziam acontecer e apenas obedeciam a si próprios. Aliás, a própria Constituição, como carta organizadora e limitadora dos Poderes, é um símbolo de contenção de poderes ilimitados.

Destarte, os detentores de cargos públicos, sejam eles eletivos ou não, devem respeitá-la e, sobretudo, agir dentro da legalidade imposta tanto por ela quanto pelas leis que ordenam juridicamente o país.

Deste modo, esta Constituição da República de 1988 prevê, em seu art. 37, §4º, que *“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”*

Ao prever a responsabilidade dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa

constitucionalmente, o legislador elaborou a Lei nº 8429/92, que previu diversos atos que são considerados de improbidade administrativa, entre os quais importa externar o art. 11, *caput* e inciso II, que resguarda os Princípios da Administração Pública. Observa-se:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública **qualquer ação ou omissão** que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, **legalidade, e lealdade às instituições**, e notadamente:

[...]

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Facilmente infere-se que o agente, público ou não (art. 1º, Lei nº 8429/92), que atenta contra o princípio administrativo da legalidade e da lealdade às instituições, comete ato de improbidade administrativo, cujas penas estão previstas no art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Nesse aspecto, cumpre trazer à baila que está previsto legalmente (portanto, há o dever da autoridade pública de seguir) a prerrogativa defensorial da requisição, concedida às autoridades administrativas (em especial à Defensoria Pública e ao Ministério Público) para que seus órgãos executivos busquem informações, dados, documentos necessários para a solução de casos de interesse público.

Dessarte, aduz o art. 128, X, da Lei Complementar nº 80/1994, bem como o art. 24, IV, da Lei Complementar Estadual nº 19/1994, que é prerrogativa dos membros da Defensoria Pública do Estado *“requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições”*.

Sobre o poder de requisição afirma JOSÉ DOS

SANTOS CARVALHO FILHO²:

Pode-se dizer mesmo que o poder conferido pela Constituição corresponde a uma verdadeira prerrogativa. Esta comporta o poder jurídico de exigibilidade de obtenção de elementos instrutórios, seja qual for a pessoa que deles disponha. Sendo assim, não é lícito a qualquer pessoa, pública ou privada, recusar-se a atender às requisições.

Uma garantia não é dada sem que se dê formas para efetivar-se. Assim, percebe-se que a violação a uma garantia institucional pode dar ensejo a ato de improbidade administrativa, eis que fere a lealdade às instituições, princípio republicano orgânico estatal.

Sobre o cometimento de improbidade administrativa diante do descumprimento de requisições já se manifestou o Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVO - REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO - POSSIBILIDADE - PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS - ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO - REGULARIDADE FORMAL E OCORRÊNCIA VEROSSÍMIL DO ATO DE IMPROBIDADE - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

1) O Ministério Público pode requisitar documentos e informações da autoridade pública sem que haja instaurado procedimento administrativo prévio, mormente quando tais documentos servem para formar a convicção do membro ministerial acerca da necessidade de instauração de inquérito civil a fim de apurar possíveis atos de improbidade. Inteligência do art. 129, VI, da CF e art. 8º, 1º da Lei 7.347/85.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 294

2) A publicidade dos atos administrativos é direito fundamental, e por esta razão, deve tutelado, inclusive, pelo MP por meio da competente ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Inteligência do art. 11, IV, da LIA.

3) A ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve ser recebida quando a petição inicial atende aos requisitos formais e de admissibilidade e quando há indícios de ocorrência verossímil do ato de improbidade imputados aos requeridos. Inteligência do 9º do art. 17 da LIA.

4) Recurso provido.

(TJ-ES - AC: 21070081142 ES 21070081142, Relator: JOSENER VAREJÃO TAVARES, Data de Julgamento: 02/12/2008, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/01/2009).

Medidas enérgicas, por serem legais e legítimas, se fazem necessárias quando há violação frontal, direta e explícita às prerrogativas dada pela Constituição e pela Lei a uma determinada instituição.

Ademais, ao violar a prerrogativa de requisição da Defensoria Pública, como dito alhures, os agentes não estão apenas ferindo tal garantia defensorial, mas, em verdade, estão vilipendiando os mais básicos direitos de seus cidadãos, que são assistidos diariamente, seja individual seja coletivamente, pela DPE.

No caso em comento, os requeridos, desde a instalação do Núcleo Regional da Defensoria Pública do Estado em Zé Doca-MA, vêm desrespeitando a prerrogativa da requisição defensorial, manifestando indiferença para as postulações cotidianamente elaboradas, não colaborando para o bom andamento e resolução administrativa de conflitos, e gerando inúmeras violações aos direitos mais básicos dos cidadãos zé-doquenses.

Reitere-se, conforme verificado no item II da presente petição (Sinopse Fática), que os réus rotineiramente descumprem as requisições encaminhadas pela DPE/MA Núcleo Zé Doca-MA, como ocorreu em relação aos Ofícios nºs. 10/2013-DPE/MA, nº 24/2014-DPE/MA, nº 25/2014-DPE/MA, 19/2014-DPE/MA/Zé Doca/Requisição, nº 045/2015-DPE/MA e nº 078/2015 – DPE/MA/Zé Doca.

Portanto, evidenciadas as condutas de cada réu nas constantes violações à prerrogativa de requisição da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, e o agasalhamento da violação e das normas legais atinentes ao ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, *caput* e inciso II, da LIA, outro caminho não há que a punição dos requeridos nas penas previstas no art. 12, III, da Lei nº 8429/92.

IV – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Sob as luzes do expendido, pede e requer:

a) A garantia das prerrogativas da Defensoria Pública previstas no artigo 24, da Lei Complementar Estadual nº. 19/94 e também no artigo 128, da Lei Complementar nº. 80/94, especialmente no que respeita à contagem de todos os prazos em dobro, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição.

b) A notificação dos réus para, querendo, apresentarem resposta escrita, em quinze dias, nos termos do artigo 17, § 7º da Lei n. 8.429/92;

c) Após, seja recebida a petição inicial, citando-se os réus para, querendo, contestá-la (artigo 17, §§ 8º e 9º, Lei n. 8.429/92);

d) Seja o Município de Zé Doca-MA intimado para, querendo, atuar como litisconsorte ativo, passando a integrar a lide, nos termos do artigo 17, § 3º da Lei n. 8.429/92, c/c artigo 6º, § 3º da Lei n. 4.717/65;

e) A intimação do douto presentante do Ministério Público de todos os atos do processo para, querendo, intervir no feito, seja habilitando-

se no polo ativo, seja atuando como *custus iuris* (Art. 17, §4º, Lei nº 8429/92).

f) Ao final, a condenação dos réus nas sanções do artigo 12, III, Lei n. 8.429/92, mais precisamente, ao ressarcimento integral do dano eventualmente apurado no curso da instrução, perda da função pública que ocupar ao tempo da julgamento, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida como Prefeito Municipal de Zé Doca-MA (_____) e Secretário Municipal de Administração de Zé Doca-MA (_____), e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos;

g) A condenação em honorários sucumbenciais a serem revertidos ao Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública do Maranhão (FADEP).

Protesta-se provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Zé Doca-MA, 23 de julho de 2015.

RENAN BARROS DOS REIS

Defensor Público



ESCOLA SUPERIOR
Defensoria Pública do MA



DEFENSORIA PÚBLICA
do Estado do Maranhão



FETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE E GARANTIA A TRATAMENTO DIGNO

Renan Barros dos Reis

Graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho - Piauí (ICF). Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Defensor Público de 1ª Classe na Defensoria Pública do Estado do Maranhão (DPE-MA). Ex-Assessor Jurídico de Juiz no Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI).

A assistida, domiciliada na cidade de Açailândia/MA (a 60 km de Imperatriz), procurou a Defensoria Pública após ser diagnosticada com “carninoma de colo de útero em estágio IIIB (CID: C 53.1), apresentando metrorragia intensa ao diagnóstico”, na forma do laudo e relatório médicos fornecidos.

Ao descobrir a grave doença, dirigiu-se a hospital público na cidade de Imperatriz/MA, dotado de Unidade de Oncologia, sendo-lhe dito que lá não havia as condições necessárias à realização de seu tratamento (quimioterapia e radioterapia, de forma concomitante), o que somente seria possível na rede hospitalar pública do município de São Luís/MA ou de Araguaína/TO. Em Imperatriz, somente restava como opção o atendimento em um hospital particular.

Ante a natureza emergencial da situação e o estado de desespero em que se encontrava a assistida, ela se dirigiu imediatamente ao referido hospital particular, onde lhe foi dito que precisava, urgentemente, de tratamento, pois, consoante parecer médico, “além de se tratar de doença maligna (Câncer), apresentava sangramento ativo e estava se debilitando”.

Dada a impossibilidade de aguardar a demora (e o desgaste) natural para buscar atendimento e tratamento em outra cidade (quicá, outro estado), a assistida, apesar de suas parcas condições financeiras, arrecadou com amigos e familiares a quantia de R\$ 250,00 para iniciar o tratamento ali mesmo, no Centro particular.

Um fato importante ainda marcava o caso: a assistida era responsável diretamente pelos cuidados de uma filha, acometida de poliomielite – também conhecida como paralisia infantil – (condição demonstrada documentalmente), e de duas netas (uma de 01 ano e outra de 03 anos de idade).

Ou seja, de um lado, ela não possuía condições financeiras para arcar com os custos do tratamento no hospital particular (orçado em quase R\$ 50.000,00); de outro, os hospitais públicos aptos a realizar o tratamento mais próximos (a depender ainda, todavia, da disponibilidade de vaga) situavam-se em São Luís/MA (mais de 600 km de distância) ou Araguaína/TO (em outro estado), o que a afastaria da filha e netas.

Com base nisso, ajuizamos ação na Comarca de Açailândia, expondo os fatos e demonstrando que as peculiaridades da situação demandavam o custeio do tratamento na rede privada, mantendo-se a demandante perto do seio familiar, às expensas do Estado e do Município.

Aduzimos que não se tratava, simplesmente, de ir de encontro à jurisprudência dos tribunais pátrios, que, regra geral, só admite a internação em hospital particular quando não há leitos em hospital público.

Na hipótese, a autora não poderia ser deslocada para locais distantes, exclusivamente por falta de assistência da rede pública de saúde na região onde era domiciliada, deixando desamparadas uma filha com deficiência e duas netas, sob pena de desestruturar toda a família e fragilizar também o seu estado emocional, o que possivelmente poderia prejudicar o resultado do próprio tratamento.

Alegamos, também, que ante a condição periclitante em que se encontrava, a assistida já havia iniciado o tratamento (com os já mencionados R\$ 250,00), o qual manifestava resultados positivos, de sorte que a quebra de continuidade, fosse pela ausência de recursos para mantê-lo, fosse por sua transferência para localidade distante, poderia gerar um retrocesso no seu estado de saúde e, por conseguinte, pôr em risco sua vida.

Assim, a máxima efetividade dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a tutela da vida e da saúde, só estariam resguardadas caso fosse possibilitado à autora realizar o tratamento perto de casa e, principalmente, perto da família.

Diante desses argumentos, conseguimos sensibilizar o Poder Judiciário para um olhar diferenciado em busca do efetivo direito à saúde com um tratamento digno e humanitário, resultando no acolhimento do pedido com a concessão de tutela antecipada e, em um segundo momento, após a constrição das verbas públicas, o tratamento foi integralmente realizado na rede particular, sendo, ao final, bem-sucedido.

Hoje, felizmente, a assistida encontra-se curada do câncer e segue a vida na cidade de Açailândia/MA, com a sua família.



DEFENSORIA PÚBLICA, UMA CONCRETUDE DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Tonhetina Costa de Almeida

Graduanda do 8º período noturno 2015.2 do curso de Direito da Faculdade do Vale do Itapecurú-FAI (Caxias/MA), ex-estagiária da DPEMA (Núcleo Codó) no período de janeiro de 2014 a julho de 2015, estagiária do MPF (Procuradoria da República de Caxias/MA) desde julho de 2015, Técnica em Serviços Públicos formada pela UEMA em dezembro de 2014. Email: tonhetinadealmeida@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar as luzes da Constituição, o papel social e o objetivo da Defensoria Pública, bem como seus obstáculos a serem superados incluindo fatores de ordem econômica, social, política e ideológica, para que esta instituição promova constantemente sua tarefa que se originou e continua se originando de lutas sociais e conseqüentemente ganhou proteção perante a Carta Magna de 1988. A análise histórica e o direito comparado no trato para com tal instituição, além disso, serão abordados os principais avanços alcançados por esta função essencial à justiça, seus planos e metas, sua contribuição para a concretude de diversos valores consagrados pela Carta Política, a Defensoria atuante aos mais marginalizados e vulneráveis da sociedade, sua missão jurídica, seus traços peculiares, que é alvo de inúmeros embaraços, efetividade de fato do jurisdicionado que sai em busca de seus serviços, o seu destaque perante outros órgãos de igual natureza jurídica e as novas aspirações futuras que o presente órgão pretende transpor.

PALAVRAS-CHAVES: Defensoria Pública. Princípios constitucionais. Empecilhos. Metas.

ABSTRACT

This article analyzes the lights of the Constitution, the social role and the purpose of the Public Defender, as well as their obstacles to overcome including economic order factors, social, political and ideological, that this institution constantly promotes his task that originated and continues originating from social struggles and consequently won protection under the Constitution of 1988. The historical analysis and comparative law in dealing with such an institution, moreover, major advances achieved by this essential function to justice will be addressed, their plans and goals, its contribution to the concreteness of various values enshrined in the Charter Policy, the acting Ombudsman to the most marginalized and vulnerable in society,

its legal mission, its peculiar features, that is the target of numerous embarrassments, fact effectiveness of claimants coming out in search of its services, its prominence before other organs of the same legal nature and new future aspirations that this seeks to implement.

KEYWORDS: Public Defender. Constitutional principles. Snags. Goals.

1 INTRODUÇÃO

A justiça desde seus tempos mais remotos buscou encontrar um equilíbrio entre duas vontades que em geral se mostram antagônicas e opostas. Com o crescimento das descobertas, o apogeu e queda de sucessivos povos, o Direito se mostrou um instrumento não apenas político, mas também de controle social das condutas dos homens.

Pois bem, é sabido que dentre tantos conceitos empregados para definir, o que é justiça e o que é o Direito, há um bem difundido que se baseia na máxima: “*Dá a cada um o que é seu*”, este é o conceito da **justiça distributiva**. Se a interpretação literal desta máxima for considerada friamente, chegar-se-ia a conclusão que todos os seres portadores de alguma alma, com desígnios próprios e, sobretudo, livres são os destinatários de algo, de direito e de justiça.

Justiça Distributiva. Esta espécie apresenta o Estado como agente, a quem compete a repartição dos bens e dos encargos aos membros da sociedade. **Ao ministrar ensino gratuito, prestar assistência médico-hospitalar, efetuar doação à entidade cultural ou beneficente, o Estado desenvolve a justiça distributiva.** Orienta-se de acordo com a igualdade proporcional, **aplicada aos diferentes graus de necessidade.** A justiça penal inclui-se nesta espécie, pois o Estado participa da relação jurídica e impõe penalidades aos autores de delitos. (NADER, 2014, p.111, grifo nosso).

Todos os seres humanos, não tomando aqui a pessoa física ou natural somente, mas desde o nascituro até a pessoa natural falecida terão ou tiveram respectivamente exercício de direito e sede de justiça, pois não é crível que durante uma vida inteira, um ser humano não tenha sofrido no mínimo algum tipo de lesão a algum bem jurídico que corresponda a seu interesse. Se a justiça é dá a cada um o que é seu, primeiramente é necessário que haja uma relação entre dois titulares de direitos para que daí nasça uma relação jurídica, de justiça, de justo. E é neste momento que faz jus a célebre frase do romano Ulpiano: *ibi societas, ibi ius* (onde há sociedade, ali está o direito). O direito nasce das relações sociais e desta relação aflora o sentimento do que é justo e injusto, surgem as valorações que são consequências da natureza humana, logo todo ser humano é autor do processo de nascimento da justiça e como todos são autores, todos merecem a tutela daquilo que é seu, é uma relação de interdependência.

Há, porém, quem defenda a corrente do Direito Natural, pela qual já há um direito enraizado, intrínseco em cada alma materialmente humana, seria uma espécie de direito que não necessita está escrito em nenhum diploma legal, pois é um pré-direito. Direito esse tão bem tutelado, pois a vida seria o maior direito natural defendido das arbitrariedades do Estado e de particulares. A vida, primeiro bem jurídico tutelado pelo Código Penal Brasileiro, é um dos direitos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a vida é o direito protagonista de um ordenamento jurídico, principal porque é partir dele que se oriunda o homem. Mais profundamente pode-se verificar que o patrimônio, a saúde pública, a administração pública, a honra, a dignidade sexual, sentimento religioso, ordem financeira, incolumidade pública, a paz pública entre outros bens tutelados sempre tem como centro o homem e o homem para existir necessita da vida. Superando este embate, se aceita que ter acesso à justiça, ou mais acertadamente ter acesso ao órgão estatal que promove os serviços que materializarão a justiça

nos casos concretos significa dizer que o homem indistintamente adquiriria um direito que indiretamente, dependendo do caso, revestiria o direito mor, o direito a vida. O homem é o centro das normas. A justiça é a força de **todos** os homens perante os demais homens.

Quando se refere a um Estado Democrático de Direito, em que o poder emana e é do povo o acesso à justiça transforma não apenas em letra morta e cheia de ornamentações valorativas, mas sim, em providências concretas, sólidas, equânimes que não se perdem em utopias partidárias ou em direitos a serem positivados pelo Estado a exemplo de vários Direitos Sociais que não se concretizam na realidade marcadamente capitalista brasileira.

Ao se referi a Defensoria Pública com relação ao princípio do acesso à justiça, é importante ressaltar que esta não se concretiza apenas com uma sentença com trânsito em julgado, mas a outros meios postos pelo legislador pátrio que são frequentemente empregados pela Defensoria para solucionar os litígios, a exemplo da conciliação e do acordo extrajudicial. A Defensoria Pública, função essencial à Justiça, é um órgão independente que está à disposição dos necessitados, o Poder Público concede a população usuária de seus serviços este direito:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

II – promover, prioritariamente, a **solução extrajudicial dos litígios**, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Como observado no art. 4º, inciso II da Lei Complementar nº 80/1994, a Defensoria Pública a título de prioridade deve resolver os conflitos antes de bater às portas do Poder Judiciário, a fim de também, desafogar este. Observe que tal instituição não apenas promove o acesso ao judiciário, como também promove a execução da

justiça com seus próprios métodos. O princípio do acesso à justiça não deve ser confundido com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. O termo justiça é mais amplo. Cabe considerar que a Defensoria é distribuidora da justiça, ela também dá a cada um o que é seu. Em um país marcado por acentuadas distorções econômicas, como o Brasil, as disparidades sociais se fazem presente também em um determinado lugar em que não era para está: nos braços da justiça. Dependendo da natureza litigiosa, um processo custa caro no Brasil. Então nada mais justo que garantir o direito de ter acesso aos meios pelos quais favoreceram a implementação da justiça, que é um direito de todos, eis que surge a Defensoria Pública.

2 A DEFENSORIA PÚBLICA: histórico e direito comparado

A Defensoria Pública pode ser considerada como a mais nova função essencial à Justiça, uma vez que a mesma é criação da Carta Cidadã de 1988, senão vejamos o que diz a doutrina constitucional:

A Defensoria Pública é criação da “Constituição Cidadã” – não existia tal órgão em nosso país quando foi promulgada a Carta de 1988. O texto constitucional originário determinava que o Congresso Nacional editasse uma lei complementar para organizar a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e, também, para prescrever normas gerais para sua organização nos estados (art. 134, §1º). (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, 2014, p.769, grifo nosso).

Portanto, a Defensoria Pública comparada a outras instituições, como Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia Pública e Advocacia Particular é novidade para o ordenamento jurídico pátrio. Criticamente falando, tal demora pode ser explicada pelo contexto social mundial e nacional, pois cerca de dez anos antes da promulgação da constituição de

1988, o Brasil experimentava o ardor da Ditadura, e este capítulo histórico se deu necessariamente para deter a entrada do comunismo e do movimento “subversivo” no Brasil. A ideologia capitalista reinava no Brasil, o governo naquela época estava voltado ao crescimento econômico e não ao desenvolvimento econômico, significando o primeiro como aumento numérico e o segundo distribuição das riquezas. A cada etapa política do país, a ideologia dominante era a industrialização rápida e os setores sociais básicos não estavam muito bem encaixados na pauta de compromisso do governo.

Com os novos ventos que surgiam no horizonte político-social brasileiro, a Carta Cidadã, elencou como seus objetivos fundamentais os seguintes:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1998, grifo nosso)

Uma análise cuidadosa do texto constitucional possibilita vislumbrar uma preocupação do constituinte para com o desenvolvimento nacional, em sobremaneira, econômico, mas sem deixar de lado o compromisso social que é dever do Estado assegurá-lo. Pode-se definir o presente art. 3º como **norma programática** que muito mais que está positivado na CF/88 necessita ser posto em prática com a edição de normas do legislador infraconstitucional, bem como a execução de programas e metas que devam sair do mero conjunto de princípios e valores ornamentados do Texto Maior.

Comparativamente, a outros países, em especial ao continente Americano se nota alguns traços marcantes do percurso histórico da Defensoria, senão vejamos:

Argentina: 82% da Argentina não têm defensor autônomo, sendo uma razão de 01 defensor para 27.878 habitantes argentinos, defensor é concursado; **Chile:** às vezes a Defensoria contrata pessoas para prestar serviços de natureza pública. Há serviços de auditoria e controle de igualdade dos serviços. O vínculo do defensor com o Estado é precário, pois é por contrato e o gestor pode dispor da lotação do cargo de defensor. Há uma “terceirização” de defensores e advogados. Qualidade da defesa é precária, pois os contratados almejam carreiras maiores; **Costa Rica:** vem crescendo desde 1970; atendia apenas parte criminal, depois foi ampliando o campo de atuação. A DP na Costa Rica tem autonomia e independência orçamentária. Tem 41 escritórios (centrais) e 381 defensores. A direção da DP é nomeada pela Corte Suprema, e tem estabilidade, salvo infração grave; **Ecuador:** tem autonomia funcional, técnica e financeira. Autonomia plena, há 700 defensores, há realização de concurso público. Os princípios institucionais são parecidos com os brasileiros. A eleição de defensor público no país é feito por uma comissão autônoma e temporária, o que garante independência à DP. Não é escolhida pelo executivo, nem legislativo. Há concurso para ser defensor; **Guatemala:** há 425 defensores. Destaque para o serviço de apoio às vítimas de violência. A DP se sustenta num sistema de carreira pública, com estrutura para avaliação dos serviços; **Honduras:** ressaltou o caráter associativo da DP, que fortalece a instituição; **República da Nicarágua:** a DP tem 13 anos, e só recentemente foi provada uma lei orgânica regulando os serviços. Destaque ao apoio a índios; **Panamá:** surgiu mais ou menos em 1930, mas se fortaleceu somente em 1990. O acesso à carreira é através de concurso; **Paraguai:** orçamento dentro do Poder Judiciário. Ainda não tem autonomia financeira, embora tenha o restante das demais; **República Dominicana:** há concurso público para o acesso à carreira. (AIDEF, 15-17 ago. 2012, grifo nosso).

No caso da Defensoria Pública Brasileira por ser considerada nova em relação às demais instituições afins, a solução antes encontrada pelo ordenamento jurídico para suprir a ausência da Defensoria era a seguinte:

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

O acesso à justiça, e mais restritivamente ao Poder Judiciário é sabido por todos que é uma trilha longa, marcada por vagarosidade, principalmente quando se trata de comarcas com o número de jurisdicionado bastante elevado. Nas comarcas de interior, o problema de inúmeros assistidos tenderia a se concentrar nas mãos de advogados dativos. Ora, advogado dativo antes de desempenhar esta função, ele é um simples advogado e como tal possui processos em andamento e por esta simples razão há um acúmulo desenfreado de processos em suas mãos. Será se o legislador que havia antes da Carta Política de 1988 pensou na qualidade dos serviços dos defensores dativos para com seus “*assistidos clientes*”? Não é crível que neste contexto possa haver plena qualidade dos serviços da advocacia dativa igualmente quando há um órgão próprio e juridicamente organizado como é o caso da Defensoria Pública. Isso é tão verdade que assim como o Ministério Público (MP) a Defensoria Pública (DP) possui prerrogativas concedidas pelo legislador, em virtude da grande quantidade de feitos que deságuam nesta instituição, são elas:

Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, **contandose-lhes em dobro todos os prazos;** (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Tanto o MP quanto a DP são instituições que lidam com a coletividade, com os desamparos e vale lembrar que em países em desenvolvimento econômico marcado por lutas sociais a longa data é perfeitamente notória que o número de desprotegidos em diversos aspectos é em número consideravelmente maior que os embebecidos por privilégios que a pecúnia lhe proporciona.

3 O PAPEL SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

O papel social da Defensoria Pública não seria outro o de pôr em prática os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos, isonomia perante a lei, assistência jurídica integral e gratuita, senão vejamos o caput do art. 134 da CF/88, alterado pela EC 80/2014:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, **como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa**, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, **aos necessitados**, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).(BRASIL, 1988, grifo nosso).

A partir da leitura do dispositivo legal se tem as presentes considerações:

A Defensoria Pública é **permanente**, ou seja, não é sazonal, ela é uma instituição por si só designada a cumprir seu papel deixado pelo legislador, qual seja prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, esta possui estabilidade. Sua natureza jurídica é de **Função**

Essencial à Justiça (FEJ), ao lado do Ministério Público, Advocacia Pública e Advocacia. Também é considerada um **instrumento do regime democrático**, pois se a República Federativa do Brasil adota um Estado Democrático de Direito, significa dizer que o direito de ter um direito sendo materializado seja por um processo ou um simples acordo ajustado perante um órgão de execução da Defensoria Pública é assegurado a partir de lei.

Cabe a essa FEJ antes de tudo prestar **orientação jurídica**, pois muito se sabe que a população sequer sabe que existe a Defensoria Pública e que muito menos a sua assistência é gratuita, (este ponto será analisado posteriormente no próximo tópico). São vastos os litígios que chegam à porta deste órgão, são casos concretos que em muitas ocasiões simplesmente uma orientação jurídica voltada a esclarecer as obscuridades da lei encerra um futuro ajuizamento de uma longa marcha processual.

Promoção dos direitos humanos é o pano de fundo dos objetivos que fundamentam a atuação da presente FEJ. Mulheres vítimas de violência doméstica, idosos, crianças, adolescentes, consumidores, acusados que respondem processo-crime, dentre outros. O grupo dos vulneráveis é exatamente o grande grosso de cidadãos que permanecem à margem da tutela jurisdicional, são em gerais pessoas desfavorecidas no mundo econômico e também ideológico cultural, há raros casos em que a Defensoria atua na defesa de um cidadão que não demonstre pobreza para a lei, é o caso dos acusados em processo-crime que por alguma razão não constituem advogado no prazo segundo a lei processual penal. Os Direitos Humanos são em sua essência o direito das minorias.

A **defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial** consiste que independente da instância que for necessário o processo seguir, a assistência gratuita da Defensoria é válida, isto significa dizer que o assistido pode interpor

recurso para a primeira, segunda e terceira instância com todo o aparato da gratuidade estabelecido primeiramente pela CF/88. E como é norma de ordem obrigatória, oriunda do Texto Maior qualquer lei ou ato normativo Federal ou Estadual que restringir este direito será tomada como inconstitucionalidade material, inconstitucionalidade gritante, por sinal. E por que não dizer “desvairada”? No âmbito judicial, é garantido ao necessitado propor ação via judicial, ao juízo competente e natural para a resolução da lide ao caso concreto, e há também, a propositura de pedidos via administrativa, uma vez que segundo o art. 4º, II da LC 80/94 preceitua que se dará primeiramente a resolução do litígio por outros meios como: conciliação, arbitragem e mediação.

São exemplos típicos de defesa extrajudicial, os acordos elaborados na presença de defensor, pois este acordo tem força de título executivo extrajudicial, segundo o Código de Processo Civil:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o **instrumento de transação referendado** pelo Ministério Público, pela **Defensoria Pública** ou pelos advogados dos transatores; (BRASIL, 1973, grifo nosso).

Complementam também exemplos de composições extrajudiciais, os processos administrativos, litígios que envolvem o cidadão para com algum órgão público seja ele da administração pública direta ou indireta, dentre outros.

A defesa dos **direitos individuais e coletivos** também se alinha ao papel da Defensoria. Os direitos coletivos aqui cabe uma análise mais especial, pois em virtude da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a Lei da Ação

Civil Pública (ACP) torna a Defensoria Pública legitimada para propor a Ação Civil Pública nos moldes art. 5º:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a **Defensoria Pública**;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica,

à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 1985, grifo nosso).

A ACP é uma ação com finalidades voltadas a defender direitos coletivos que envolvem em um de seus pólos direitos que integram o alcance de inúmeros titulares. Coletivo é um conceito impreciso e vago, mas nem por isso significa inexistência, o que se tem, é um direito que abrange um determinado grupo populacional, seja em nível local, regional, ou nacional, dependerá da gravidade e proporção da lesividade sofrida pelo bem jurídico. O direito coletivo aqui deve ser encarado como Direito de Terceira Dimensão, que são justamente aqueles direitos ligados a fraternidade, aos direitos difusos, logo, a Defensoria Pública desempenha indubitavelmente seu papel na promoção dos Direitos Fundamentais (gênero) através da concretude na defesa dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (espécie).

O seguinte trecho do *caput* do art. 134, assim reza: forma **integral e gratuita, aos necessitados**, na forma do **inciso LXXIV do**

art. 5º desta Constituição Federal. Os serviços prestados pela Defensoria são integralmente pagos pelos cofres públicos, a Defensoria por gozar de autonomia financeira pode elaborar seus planos orçamentários e dessa forma gerirlos. Ao usuário dos serviços desta FEJ em nada é cobrado, isto é, o assistido, como é assim designado os seus usuários, estão isentos de arcar com despesas relacionadas ao processo e aos serviços prestados pelo órgão de execução, qual seja o Defensor Público, eis que o órgão de execução da Defensoria é investido no cargo por meio de concurso público e é pago pelo Estado, seu cargo é indelegável nos termos do *art. 4º, § 10 da LC 80/94*: “O exercício do cargo de Defensor Público é indelegável e privativo de membro da Carreira”. Além disso, o Defensor Público não pode prestar qualquer atuação fora do exercício do seu cargo, e não pode receber em hipótese alguma qualquer pagamento que não seja o seu subsídio, assim reza o art.46 da LC 80/94:

Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado:

I – **exercer a advocacia fora das atribuições institucionais;**

II – requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão;

III – **receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições;**

IV – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista;

V – exercer atividade politicopartidária, enquanto atuar junto à justiça eleitoral. (BRASIL, 1994, grifo nosso).

A gratuidade dos serviços prestados pela Defensoria Pública é protegida e garantida pela Lei nº 1.060/50, a Lei da Concessão

de Assistência Judiciária aos Necessitados. A Assistência Jurídica aos necessitados é de matriz constitucional e está positivada no art. 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará **assistência jurídica integral e gratuita** aos que comprovarem insuficiência”. A gratuidade dos benefícios da justiça gratuita é concedida para o assistido que bate a porta da Defensoria Pública, o benefício é integral, concretizando o mandamento constitucional, a Defensoria utiliza esse diploma legal pedindo nos feitos em que ela dá início tal benefício. Segue o art. 4ª e 5º da referida lei em que há os legitimados deste direito, bem como a definição de necessitado e o alcance dos benefícios da justiça gratuita:

Art. 2º Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. **Considerase necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.**

Art. 3º A assistência judiciária compreende as seguintes **isenções**:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça;

III – das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V – **dos honorários de advogado e peritos;**

VI – **das despesas com a realização do**

exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade;

VII – dos **depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.** (BRASIL, 1950, grifo nosso).

Em obediência a Estado Democrático de Direito, aos princípios constitucionais e ao disposto em leis especiais é que há a concretude da Defensoria Pública desempenhando seu vasto papel social que funciona como instrumento de acesso à justiça.

4 EMPECILHOS NA ATUAÇÃO MAIS AMPLA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO

Como qualquer outra instituição, a Defensoria Pública possui muitos problemas que necessitam serem remediados na medida em que a mesma se preocupa em estender seus avanços sociais ao longo dos anos. Primeiramente, por e tratar de uma FEJ mais nova no nosso ordenamento jurídico, a Defensoria, mesmo com a sua finalidade legal prescrita teve que se adaptar ao mundo jurídico, sendo assim, ainda há uma vasta carência de cidadãos que não chegaram a ter acesso à justiça, justamente por morarem em locais longínquos ou simplesmente por mero desconhecimento da lei, em síntese o seguinte comando legal não se vislumbra neste contexto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em seu art. 3º: *“Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”* não produz eficiência prática diante deste impasse.

É bastante comum que o próprio público que se encaixa nos requisitos de vulneráveis

e que fazem *jus* aos serviços da Defensoria Pública confunde esta instituição com o Ministério Público e mais frequentemente com a figura de Advogado Público. A carência de informação contribui decisivamente para a inoperância dos serviços desta FEJ, sem falar que o próprio ordenamento jurídico pátrio ainda inibe um maior desdobramento da Defensoria causando um distanciamento perante as demais instituições jurídicas (ARRUDA, Ígor Araújo de, 2013) ressalta que:

Por omissão constitucional, e não por conceituação de Defensor Público como Advogado Público, **os Defensores não podem concorrer às vagas do Quinto Constitucional** (arts. 94, 104, II, 107, I, 111-A, I, 119, II, 120, § 1.º, III, 123, parágrafo único, I, da CRFB), **apenas previstas para Advogados Públicos e Privados (inscritos na OAB) e Membros do Ministério Público**, não havendo previsão para Membros da Defensoria Pública, o que deveria haver, a fim de dar maior pluralidade de pensamentos, mundividências e diversidade de julgadores em órgãos colegiados, **mormente em se tratando do Defensor Público, o qual lida com situações de vida e de desrespeito social e estatal inimagináveis.** (ARRUDA, 2013, grifo nosso).

Conforme visto a Constituição Federal é omissa quanto ao direito dos defensores públicos poderem concorrer às vagas do Quinto Constitucional. Este ponto gera um enorme vácuo na democracia brasileira, pois o Defensor Público é um órgão de execução incumbido de intermediar o cidadão vulnerável ao acesso à justiça e mais restritivamente ao Judiciário, há sim uma enorme lacuna, uma distância que precisa ser vencida, senão vejamos:

O Defensor-Geral destacou, contudo, que a maior preocupação continua sendo com a população residente em comarcas que ainda não contam com a presença da instituição. **“Há uma desigual distribuição de recursos orçamentários entre as três instituições que integram o sistema: Judiciário, MP e Defensoria. O orçamento do Judiciário é**

quatro vezes maior do que o do Ministério Público e o deste é quatro vezes maior do que o da Defensoria. Temos, por força disso, o triplo de juizes e promotores em relação ao número de defensores. **O Estado do Maranhão precisa equacionar este número. A política pública de acesso à Justiça precisa ser priorizada até que todas as comarcas maranhenses possam contar com a Defensoria**”, concluiu. (DEFENSORIA EM FOCO, 2013, grifo nosso).

As problemáticas como vista anteriormente residem em aspectos orçamentários, na distribuição geográfica de núcleos que levem o necessário acesso à população vulnerável. A Defensoria apesar de ter autonomia orçamentária, ainda necessita ampliar seu fundo orçamentário para que conseqüentemente possa garantir uma extensão geográfica da sua atuação, promover um maior número de projetos, campanha, núcleos itinerantes, aumento do número de defensores e pessoas com seus direitos garantidos.

5 CRESCIMENTO E METAS DA DEFENSORIA PÚBLICA NO CENÁRIO JURÍDICO MARANHENSE E CONSEQUENTE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA

No plano prático a Defensoria Pública Estadual do Maranhão (DPEMA) revela no estreito espaço de tempo até então aos dias hodiernos um notável alcance e eficiência do seu papel institucional que ora se revela como modelo de gestão para outros órgãos. Vários fatores explicam tal sucesso na gestão, atesta esse fenômeno o seguinte fato:

A defensora geral disse que o interesse do Ministério Público demonstra o reconhecimento de uma gestão voltada para prestar assistência jurídica integral e gratuita, mesmo com as limitações orçamentárias e de pessoal da instituição. “A Defensoria Pública e o Ministério Público fazem parte do mesmo sistema e, portanto, é bastante salutar essa

troca de experiências. Estamos à disposição para detalhar todo o nosso processo de expansão, construído de forma responsável e equilibrada, na perspectiva de contribuir com a instituição, que assim como a Defensoria, presta um importante serviço à sociedade”, destacou a defensora geral, que contou com o apoio do chefe do Departamento de Controle Interno, Gil Eanes Fonseca Lobato, e da servidora Kátia Duarte, da Unidade Gestora de Atividade Meio (Ugam). **O plano contempla todas as etapas de instalação da unidade de atendimento no interior do estado. Escolha do imóvel, processo de locação, formalizações contratuais, seguido da reforma e padronização do prédio, além do trabalho de mobilização de órgãos públicos e sociedade civil organizada para participação na audiência pública de apresentação da Defensoria Estadual, importante canal de diálogo com a comunidade, bem como da solenidade de inauguração do novo núcleo.** (DEFENSORIA EM FOCO, 2013, grifo nosso).

De acordo com citação supracitada fica evidente o quanto a gestão patrimonial e orçamentária da DPEMA está dando passos largos no que refere a sua estrutura física e distribuição de seus serviços de acordo com uma prestação mais isonômica possível. Ora, se o papel social da DPE, enquanto FEJ, é distribuir e levar o acesso da justiça para aqueles que dela ficam a mercê dos privilégios capitalistas, seria um grave equívoco e paradoxo que tal instituição fosse apenas acessível em pouca e escassas unidades.

E não é apenas com investimentos na estrutura física e em números que a DPEMA está preocupada em estender seu alcance, mas sim, em comprometer-se na execução de um serviço prestado com qualidade desde a prestação de informações ao término de uma lide ou simplesmente no momento em que um problema de um assistido é acordado, senão vejamos:

Setenta e oito por cento das pessoas que procuraram a sede da Defensoria Pública

do Estado (DPE/MA), em São Luís, recomendariam os serviços da instituição, segundo pesquisa de satisfação referente ao primeiro trimestre de 2013. A utilização da pesquisa é uma das ações do Comitê Interno do programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública), da DPE/MA, que foi criado para liderar e impulsionar ações de melhoria de gestão desenvolvidas pelo órgão. (DEFENSORIA EM FOCO, 2013, grifo nosso).

Como levar o acesso integral e gratuito, e, sobretudo, com qualidade a um jurisdicionado excluído e vulnerável? E o Maranhão, possui uma rede de distribuição suficiente para levar justiça para com os assistidos? A realidade maranhense por si só já estabelece um contexto desafiante para a DPE aqui se adaptar e efetivar seus serviços designados pelo constituinte de 1988. O Direito tem como fonte primária a lei e esta evolui conforme as transformações sociais. Os códigos não resistem aos tempos, o tempo os seduzem e dita os pormenores a serem positivados. O fato social nasce de um fenômeno social, e, finalmente, ganha o manto da lei. Pois para o recente número de vulneráveis que batem as portas de um Judiciário que desde seu nascimento histórico está voltado para a elite, o Direito também fez prevalecer o que Miguel Reale chama de FATO, VALOR e NORMA, famosa Teoria da Trilogia do Direito.

A mais nova adaptação da norma legal a este contexto apontado é alteração oriunda pela Emenda Constitucional 80/2014 ao Texto Maior que acrescenta o art. 98 ao Ato das Disposições Finais e Transitórias da CF/88:

“Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.” (BRASIL, EC 80/2014, grifo nosso).

A Defensoria Pública está desempenhando seu crescimento significativamente em solo maranhense, o que significa que necessita crescer muito, pois esta FEJ objetiva cumprir metas até então que estão alojadas no plano teórico. Com base em um discurso social do direito em que a justiça segundo o constituinte deve ser estendida a todos, fundamenta o que se passa nos dias hodiernos. E muito mais que um discurso, o direito de acesso ao Judiciário é lei, lei esta a nível constitucional. O acesso à justiça é uma norma-princípio que pode ser casada com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. A DPE já está pondo mãos à obra para concretizar tais princípios, é o que se passa a observar:

O Maranhão é ainda um dos seis estados da federação com o menor número de comarcas atendidas (12,1%), segundo o Mapa da Defensoria Pública do Brasil, lançado esse ano, pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep) e o Instituto de Pesquisas Aplicadas (Ipea), ao lado dos estados do Amazonas (3,3%), Bahia (8,6%), Pernambuco (9,9%), Rio grande do Norte (10,8%) e São Paulo (15,1%). Por outro lado, é um dos cinco estados mais populosos onde a Defensoria Pública já está presente em todas as comarcas com mais de 100 mil habitantes com renda de até três salários mínimos. O resultado desse avanço se deve ao investimento na estruturação de novos núcleos no interior no último triênio (DEFENSORIA EM FOCO, 2013, grifo nosso).

Inúmeras são as metas que a DPE/MA tem a frente, podendo-se destacar as seguintes:

- primeiro Projeto de Lei de iniciativa da DPE/MA que cria o **Fadep (Fundo de**

Aparelhamento da Defensoria Pública do Estado); (DEFENSORIA EM FOCO, 2014, grifo nosso).

- legitimação para a condução do **Inquérito Civil** assim como o Ministério Público;

- Futuramente poderá ser criado o **Conselho Nacional da Defensoria Pública (CNDP)**, em discussão no CONDEGE – Conselho Nacional dos Defensores Públicos-Gerais, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com atuação concorrente (STF, MS 28.003/DF, Pleno, DJe 31/05/12) com as Corregedorias locais na apuração de desvio ético-funcional, abuso de poder e de autoridade, erros ou omissões do Agente Público Defensorial. (ARRUDA, 2013, grifo nosso).

Efetivamente, a DPEMA está em processo de crescimento. Muito são os fatores que contribuem para sua extensão, como por exemplo, independência funcional, autonomia administrativa e orçamentária. Ou seja, a partir do momento que a Defensoria Pública, Poder Judiciário e Ministério Público atuam com independência de qualquer interferência política, suas funções institucionais podem ser executadas de maneira ampla respeitando os preceitos constitucionais, infraconstitucionais e principalmente ao público e a sociedade civil, principal meio de controle e fiscalização dos papéis desempenhados por estes órgãos.

Como Função Essencial à Justiça é que a mesma tem como atribuição zelar pela paz social, paz essa não concretizada apenas com uma sentença com trânsito em julgado, mas com o devido desenrolar que os meios técnicos jurídicos oferecem ao operador do Direito, ao órgão de execução da Defensoria Pública: o **Defensor Público**.

6 DISPOSIÇÕES FINAIS

De todo o exposto, fica fácil perceber porque a Defensoria Pública é máxime no executar da proteção dos direitos dos vulneráveis, seja por ordem econômica, social ou cultural. O papel desempenhado por este órgão é estender o acesso de todos à justiça. Justiça esta que pode ser efetivada desde um esclarecimento jurídico até a uma sentença que não caiba qualquer espécie ou ataque de recurso e nem mesmo por uma ação rescisória.

A Carta Magna é clara ao estabelecer em seu art. 5º, LXXIV que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A assistência é jurídica e não judicial, isto é, a Defensoria Pública em si e por si só é apta por distribui a justiça nos limites dos parâmetros legais. Ela é uma via de acesso, de transposição do estado latente de busca por soluções que, via de regra, se mantém longínquas do jurisdicionado vulnerável.

A sua atuação não pode ser confundida com assistência social, por coincidência os usuários de seus serviços são designados pela nomenclatura *assistido*. Sendo assim, a assistência prestada por este órgão consiste em atuar na efetivação daquilo que é próprio e de essência de cada e qualquer ser humano: a justiça, o direito. Ora, basta pensar que o Direito não é obra de caridade dada por ninguém, é uma situação de fato que evolui com o homem desde sua concepção enquanto sopro de vida. O direito natural, os direitos humanos são intrínsecos do *homo sapiens*.

Portanto, muito mais que uma prestação estatal de determinado serviço, a atuação da Defensoria Pública é um poder-dever do Estado para com os sujeitos intrinsecamente revestidos de direito adquirido por condição de seres humanos, direito este que não é dado, ele é concebido. A Defensoria Pública seja a nível internacional, federal, estadual ou distrital opera com o Direito e não com premissa e meras normas programáticas constitucionais, mas sim, verdadeiramente, com

a concretude de um poder-dever estatuído pela ordem política e legal resultante de um longo e intenso processo de lutas sociais.

REFERÊNCIAS

AIDEF. **A Atuação dos Defensores Públicos na Efetivação dos Direitos Humanos na América.** Trabalho apresentado no V Congresso da Associação Interamericana de Defensorias Públicas, 15-17 ago. 2012. Fortaleza.

ARRUDA, Ígor de Araújo. **Defensor Público não exerce Advocacia Pública.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23468/defensor-publico-nao-exerce-advocacia-publica#ixzz34nllkDR9>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º nov. 2014.

_____. **Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 1º nov. 2014.

_____. **Emenda constitucional nº 80 de 04 de junho de 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm. Acesso em: 1º nov. 2014.

_____. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro, Decretolei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-4657compilado.htm. Acesso em: 1º nov. 2014.

_____. **Lei nº 80 de 12 de janeiro de 1994.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 1º nov. 2014.

_____. **Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm. Acesso em: 1º nov. 2014.

_____. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 1º nov. 2014.

_____. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 1º nov. 2014.

DEFENSOIA EM FOCO. Defensoria Pública Inaugura Núcleo Regional de Barra do Corda. **Defensor geral fala sobre interiorização. DPE cria núcleo de segunda instância.** São Luís: Comunicação - Assessoria de Imprensa e Consultoria, ano 3, nº 8, out. 2013. p. 7 e 12.

_____. DPE apresenta seu 1º projeto de lei na AL. **Modelo de gestão da Defensoria é referência para o Ministério Público. Criação do Fadep é o primeiro projeto de lei de iniciativa da DPE/MA.** São Luís: Ascom DPE/MA, ano 4, nº 18, set. 2014. p. 4-5.

_____. DPE promove campanha com foco na ressocialização. **Pesquisa aponta que cerca de 80% dos usuários recomendam os serviços da DPE.** São Luís: Comunicação - Assessoria de Imprensa e Consultoria, ano 3, nº 4, jun. 2013. p. 12.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pg. 111.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional esquematizado.** 12ª ed. São Paulo: Método, 2014. pg. 769.



A

NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR N°421

Vitor Eduardo Tavares de Oliveira

Defensor Público do Estado do Maranhão, titular do Núcleo Regional de Imperatriz, membro da Comissão de Diversidade Sexual da ANADEP, pós-graduado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e pela UNITAR (ONU).

A Defensoria Pública, exercendo sua função institucional prevista no art. 4º, XXI, da Lei Complementar nº 80/1994¹, deve receber verbas honorárias sucumbenciais decorrentes de sua atuação: “reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município.”²

O enunciado sumular nº 412 do Superior Tribunal de Justiça dispõe: “os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença”. Todavia, os Estados e a União também devem arcar com os honorários de sucumbência, tendo em vista a autonomia administrativa, financeira e orçamentária da instituição Defensoria Pública, assegurada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (Defensorias Públicas Estaduais) e nº 74/2013 (Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Distrito Federal) e diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, não há que se falar em confusão patrimonial quando a Defensoria Pública do Estado requer a condenação em honorários do Estado ou a Defensoria Pública Federal requer honorários da União, pois o patrimônio e o orçamento da Defensoria Pública é autônomo e não se comunica com a administração direta ou inderita dos entes estatais referidos.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que a condenação em honorários advocatícios em prol do Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública pode incidir sobre a mesma pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública:

1 “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;” (incluído pela Lei Complementar nº 132/2009) (grifamos)

2 STJ – REsp 1.108.013/RJ – Corte Especial – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 03.06.2009 – DJe 22/06/2009 REVMFOR vol. 405 p. 443 RSSTJ vol. 40 p. 327.

*BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PESSOA INCAPACITADA DE PROVER A PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA DE OUTRA FORMA. COMPROVAÇÃO. CONCESSÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. CABIMENTO. 1. *Procede o pedido de concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V da CF/88 quando atendidos os requisitos previstos na Lei nº 8.742/1993.* 2. *São devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública mesmo atuando contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública, a partir da edição da Lei Complementar nº 132/2009, objetivando o fortalecimento e autonomia administrativa e financeira da Entidade, bem como o aparelhamento e capacitação de seus membros e servidores por meio das verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação.* 3. *Os precedentes contrários do Superior Tribunal de Justiça estão baseados na tese da confusão, ou seja, de que a Defensoria Pública é parte do Estado e com ele se confunde. Todavia, a Defensoria Pública da União não pertence à Autarquia Previdenciária, tratando-se de pessoas jurídicas distintas, com personalidade, patrimônio e receita própria, de modo que não há confusão possível entre as Instituições.* 4. *Como a Instituição possui personalidade jurídica própria e pode executar suas verbas sucumbenciais, pressupõe-se o direito de percepção dos honorários por ocasião da atuação judicial vitoriosa.* 5. *Entendimento no sentido contrário ensejaria a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, inciso XXI, da Lei Complementar nº 80/1994, alterado pela Lei Complementar nº 132/2009, em vista da expressa previsão da execução e recebimento das verbas sucumbenciais decorrentes da atuação da Defensoria Pública. (TRF-4, Relator: ROGERIO FAVRETO, Data de Julgamento: 10/06/2014, QUINTA TURMA)**

A Lei Complementar nº 80/94, não impediu ou limitou a cobrança de honorários pela Defensoria Pública, seja da União, seja dos Estados Federados, portanto os precedentes do Superior Tribunal de Justiça fazem interpretação **restritiva e desarrazoada**:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...) XXI - **executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos**, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (g.n.)

Os precedentes contrários do Superior Tribunal de Justiça estão baseados na tese da confusão patrimonial, sendo que eles foram firmados na época em que a Defensoria Pública Federal era vinculada a administração direta da União. Todavia, a Defensoria Pública da União não pertence mais à administração direta ou indireta da União (desde a Emenda Constitucional nº 74/2013), **tratando-se de pessoas jurídicas distintas, com personalidade, patrimônio e receita própria, de modo que não há confusão possível entre as Instituições.**

Desse modo, a Defensoria Pública possui personalidade jurídica própria e pode executar suas verbas sucumbenciais, ou seja, detém o direito de percepção dos honorários por ocasião da atuação judicial vitoriosa contra qualquer ente público que conste no polo passivo da demanda. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu o mesmo entendimento, em diversos precedentes:

APELAÇÃO - (...) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DA DEFENSORIA PÚBLICA. Pagamento pelo Estado. Possibilidade. Autonomia constitucional. Ausência de confusão entre as partes. Valor. Razoabilidade. Sentença de procedência mantida. Reexame necessário e recursos voluntários desprovidos. (TJ-SP, Relator: Marcelo Semer, Data de Julgamento: 13/04/2015, 10ª Câmara de Direito Público)

“AÇÃO ORDINÁRIA Fornecimento de medicamento para tratamento de osteoartrite e nódulo de Herbeden Alegado direito à vida e à saúde, cabendo ao Estado propiciar o atendimento médico da autora, fornecendo o medicamento prescrito. É necessário que esse direito venha a ser respeitado e implementado pelo Estado, destinatário do comando constitucional Sentença de procedência Pretensão de afastamento da condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública Autonomia constitucional da Defensoria Pública Verba honorária devida, não se tratando de confusão entre as partes Multa mantida Recursos não providos” (TJSP, Apelação Cível 0051780- 97.2012.8.0053, São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público, v.u., 23/06/14, rel. Magalhães Coelho-grifado).

Destaca-se, ainda, que diversamente do que ocorre com advogados públicos, os honorários jamais compõem a remuneração dos Defensores Públicos sendo destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores, conforme dispõe expressamente os arts. 46, III, e art. 130, inciso III, ambos da LC 80/94.

Outrossim, a Emenda Constitucional nº 80/2014 dispõe que no prazo de 8 (oito) anos,

a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais. Aliado a esse dado, a falta de Defensores Públicos e de aparelhagem das Defensorias Públicas é fato notório e se deve a omissão estatal da União e dos Estados Federados.

Informações do último censo do IBGE dão conta de que cerca de 82% da população brasileira, que recebem até três salários mínimos, são potenciais usuários da Defensoria Pública. De um universo de 160 milhões de pessoas, apenas 45 milhões têm, hoje, acesso à instituição. Segundo o Mapa da Defensoria Pública do Brasil, faltam defensores públicos em 72% das comarcas brasileiras. Ainda, de acordo com o Portal do Atlas do Acesso à Justiça no Brasil, divulgado pelo Ministério da Justiça, o Brasil tem somente 3,93 defensores públicos para cada 100 mil habitantes³.

Apesar do Brasil ter um total de 8.489 cargos de Defensor Público criados, apenas 5.054 estão providos (59,5%). Essa informação é de grande relevância, pois indica que – quando necessária – a ampliação da cobertura territorial pelas Defensorias no Brasil depende, em geral, menos de leis que criem cargos e mais de medidas administrativas e orçamento para nomeação dos aprovados em concurso⁴.

Outrossim, os dados coletados pelo Mapa da Defensoria indicam que os estados contam com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 defensores públicos (nas 1^{as} e 2^{as} instâncias), ou seja, uma distorção de forças entre as instituições da justiça. O número de magistrados e de membros do Ministério Público permite que esses serviços sejam oferecidos na quase totalidade das comarcas brasileiras. Na maioria delas (72%), contudo, a população conta apenas com o estado-juiz, o estado-acusação/fiscal da lei, mas não conta com o estado-defensor,

3 Mapa da Defensoria Pública no Brasil. ANADEP e IPEA. 1ª Edição. Brasília. 2013. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso.pdf. Acessado em 16.03.2013.

4 Mapa da Defensoria Pública no Brasil. ANADEP e IPEA. 1ª Edição. Brasília. 2013. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso.pdf. Acessado em 16.03.2013.

que promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população, que não pode contratar um advogado particular⁵.

Assim, a condenação dos Estados e da União em honorários advocatícios estará em consonância com a Lei Complementar n° 80/94 e auxiliará o fortalecimento e implementação da Defensoria Pública, almejada pela Emenda Constitucional n° 80/2014. Nesse sentido, a omissão estatal não pode frustrar o direito do cidadão necessitado em acessar o Poder Judiciário, conforme precedente da lavra do Ministro Celso de Melo (STF):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – (...) - Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. - O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis,

5 Mapa da Defensoria Pública no Brasil. ANADEP e IPEA. 1ª Edição. Brasília. 2013. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso.pdf. Acessado em 16.03.2013.

convertendo-os em expectativas vãs. - É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - (...) (AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014)

Desse modo, necessário que o Superior Tribunal de Justiça realize o *overruling* do enunciado nº 421 de sua súmula, de modo a extinguir o entendimento que veda o recebimento de honorários advocatícios pelas Defensorias Públicas.

O enunciado nº 421 do STJ precisa ser revisitado e modificado, tendo em vista que o precedente não pode mais ser aplicado diante da ausência de eventual confusão patrimonial, de violar a autonomia administrativa, financeira e orçamentária assegurada pela norma constitucional às Defensorias Públicas e, a luz dos objetivos constitucionais, o entendimento exarado impede, indiretamente, a efetivação da Emenda Constitucional nº 80/2014, na medida que impede a estruturação desta Instituição essencial à justiça.





EMBARGOS, DECLARAÇÃO, JUSTIÇA, GRATUITA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO.

Vitor Eduardo Tavares de Oliveira

*Defensor Público do Estado do Maranhão, titular do Núcleo Regional de Imperatriz,
membro da Comissão de Diversidade Sexual da ANADEP, pós-graduado pela Fundação
Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e pela UNITAR (ONU).*

Processo nº _____

ASSISTIDO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO, vem, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO**, com o devido respeito e acatamento, perante V. Exa., opor **EMBARGOS DECLARATÓRIOS**, com fundamento legal nos artigos 463 e 535 do Código de Processo Civil, conforme os fundamentos abaixo declinados:

Trata-se de ação de divórcio com pedido de partilha e fixação de alimentos em prol do filho do casal.

A decisão de fl. 14 indeferiu o benefício da justiça gratuita, pois o litígio seria para partilhar vários bens.

A Defensoria Pública do Estado do Maranhão quando do atendimento da autora verificou que ela recebe menos que três salários mínimos e não possui condições de arcar com as custas do processo, sem prejuízo de sua subsistência. Outrossim, todos os bens e rendimentos encontram-se com a outra parte, ou seja, a autora não possui recurso para arcar com as custas processuais.

*Assim verifica-se **omissão** ante **a ausência de fundamentação idônea para indeferir os benefícios da justiça gratuita, nos termos da Lei nº 1060/50.***

A Constituição Federal de 1988 assegurou a assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental (art. 5º LXXIV) e autoaplicável (art.

5º, §1º) aos necessitados. O termo assistência judiciária foi substituído por assistência jurídica, aumentando significativamente os serviços prestados à população carente, não abarcando apenas a propositura, a defesa e o acompanhamento judicial, mas abrangendo também a orientação jurídica extrajudicial e a tutela coletiva.

Além disso, o Poder Constituinte previu, de maneira expressa, o órgão com atribuição de prestar a orientação jurídica ao necessitado, consolidando a Defensoria Pública como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”.

O art. 134 da Constituição da República define a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe, como núcleo essencial, a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, que versa sobre a obrigação estatal de prestar a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Portanto, **a Defensoria Pública é a instituição-garantia do direito fundamental de acesso à Justiça.**

A Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o parágrafo 2º no art. 134, a fim de declarar expressamente que a Defensoria Pública é dotada de autonomia funcional e administrativa.

Nessa senda, pois, em razão de sua autonomia funcional a Defensoria Pública é independente para, observando o ordenamento jurídico como todo, decidir acerca de suas próprias atribuições, regras, forma de atuar e proceder.

Isso implica, aliada sempre à sua finalidade essencial, ao criar critérios para eleição de seus usuários, a Defensoria Pública o faz com plena autonomia funcional, sendo ilegal, *rectius*, inconstitucional quaisquer regras que subordinem a sua atuação a elementos institucionais externos, *extra murus*¹.

1 Nascimento, José Moacyr Doretto. A Defensoria Pública

Desse modo, compreendidas essas afirmações, é de se questionar se é ainda constitucional o Poder Judiciário, por ato de seus membros, analisar a concessão da justiça gratuita aos jurisdicionados patrocinados pela Defensoria Pública.

Constata-se, assim, que a Lei de Assistência Judiciária quanto a necessidade do Poder Judiciário deferir gratuidade não se conforma constitucionalmente quando o hipossuficiente é patrocinado pela Defensoria Pública. A análise da gratuidade de justiça pelo Poder Judiciário, após a Constituição de 1988, ocorrerá apenas nos casos de assistido patrocinado por advogado.

Assim, afirma-se que a gratuidade processual como função institucional da Defensoria Pública, ou de forma mais palatável, como consequência necessária e instrumental da decisão institucional de patrocinar determinado cidadão. **Portanto, a Defensoria Pública é a instituição constitucional que dá acesso a justiça e define, nesse caso, aquele que deve receber o benefício da justiça gratuita.**²

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no agravo de instrumento nº 990.10.180123-0, em 25/05/2010, referendo a tese ora explanada, nos seguintes termos:

O agravo de instrumento foi manejado pela Defensoria Pública em razão da magistrada de base determinar a juntada de declaração de hipossuficiência, nos termos da LAJ, a fim de analisar a gratuidade processual. A ementa: “Agravo de instrumento – Autor representado por Defensor Público. Determinação do juízo para que se apresente a declaração de pobreza firmada pelo autor – providência inócua – (...) **Isenção da Assistência Judiciária (lei nº 1060/50 art. 3º) que decorrem da própria triagem efetuada administrativamente pela**

e a Lei de Assistência Judiciária: Releitura Constitucional da Gratuidade Processual e outros elementos. **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Volume II, Editora Podivum, 2014, Salvador, fls. 211/226.

² Nascimento, José Moacyr Doretto. A Defensoria Pública e a Lei de Assistência Judiciária: Releitura Constitucional da Gratuidade Processual e outros elementos. **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Volume II, Editora Podivum, 2014, Salvador, fls. 211/226.

Defensoria Pública – Decisão Reformada. Recurso Provido.

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PROCURAÇÃO. DESNECESSIDADE. LEI N. 1.060/50, ART. 16.

I. A dispensa de mandato ao Defensor Público prevista no art. 16 da Lei n. 1.060/50 se estende, também, à própria declaração de hipossuficiência da parte.

II. Ausência de prequestionamento das demais questões suscitadas nos autos.

III. Recurso conhecido em parte e provido. (STJ - REsp: 287688 MG 2000/0118746-5, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 07/12/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05.03.2001 p. 175)

Outrossim, com a edição da Lei nº 7.510/86³, que alterou a Lei nº 1060/50, restou instituído o sistema da presunção de hipossuficiência econômica, estabelecendo que a parte faria jus à gratuidade mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não possui condições de pagar as custas e honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. **Assim, passou-se a dispensar a apresentação de atestado de pobreza e a descrição pormenorizada dos rendimentos e encargos do requerente, sendo considerado presumidamente pobre aquele que afirmasse essa condição na petição inicial.**

A Lei Estadual nº 9.109/09, que regulamenta as custas judiciais, isenta de pagamento das custas processuais o assistido

³ Art.1º Os artigos 1º e 4º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, passam a vigorar com a seguinte redação: **Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.**

beneficiário da assistência judiciária e a Defensoria Pública:

Art. 12. São isentos do pagamento de custas:

I - a União, os Estados, os Municípios, os Territórios e o Distrito Federal, suas autarquias e as suas fundações que não explorem atividade econômica;

II - o réu pobre nos feitos criminais;

III - o beneficiário da assistência judiciária;

IV - o Ministério Público;

V - a Defensoria Pública;

(...)

Ademais, a Resolução nº 6-CSDPEMA, de 25 de julho de 2014, da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, dispõe sobre a condição especial de necessitado da pessoa física e pessoa jurídica para fins de prestação de serviço público essencial de assistência jurídica (anexo).

A concessão da assistência integral e gratuita ao usuário da Defensoria Pública implica, necessariamente, na gratuidade processual como consectário lógico da missão institucional, sendo incompatível com a Constituição da República tal competência, in limine litis, ao Poder Judiciário, a quem cabe analisá-lo (deferir ou indeferir) apenas aos jurisdicionados não patrocinados pela Defensoria Pública.⁴

Desse modo, desnecessário a juntada de declaração de hipossuficiência nas demandas promovidas pela Defensoria Pública, para se provar carência de recursos e solicitar benefício da justiça gratuita.

⁴ Nascimento, José Moacyr Doretto. A Defensoria Pública e a Lei de Assistência Judiciária: Releitura Constitucional da Gratuidade Processual e outros elementos. **Temas Aprofundados da Defensoria Pública.** Volume II, Editora Podivum, 2014, Salvador, fls. 211/226.

PEDIDO

Assim, em razão do exposto, requer o acolhimento dos presentes embargos declaratórios, com efeito modificativo, para que a decisão seja anulada ou modificada, **concedendo o benefício da justiça gratuita a parte autora.**

Açailândia, 31 de março de 2015.

Vitor Eduardo T. de Oliveira

Defensor Público Estadual

Núcleo de Açailândia/MA



ESCOLA SUPERIOR
Defensoria Pública do MA



DEFENSORIA PÚBLICA
do Estado do Maranhão





ESCOLA SUPERIOR
Defensoria Pública do MA



DEFENSORIA PÚBLICA
do Estado do Maranhão

**ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO MARANHÃO**
Av. Marechal Castelo Branco, N-819,
Bairro São Francisco - São Luís - MA

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO - DPE MA
Rua da Estrela, 421, Praia Grande, Centro, São Luís - MA,
CEP: 65010-200 - Fone: 3221-6110 / 3231-0958 - Ramais