

**GONÇALVES FILHO, EDILSON SANTANA. ROCHA, JORGE
BHERON. MAIA, MAURILIO CASA. *CUSTUS VULNERABILIS:*
A DEFENSORIA PÚBLICA E O EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES
POLÍTICO-JURÍDICAS DOS VULNERÁVEIS. BELO
HORIZONTE, EDITORA CEI, 2020, P. 132**

Por Cauê Bouzon Machado Freire Ribeiro

*Pós-graduado em Direito Processual Civil
pela Universidade Estácio de Sá/Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).
Pós-graduando em Direitos Humanos pelo Ciclo de Estudos pela Internet (CEI).
Defensor Público do Estado do Paraná,
caue.ribeiro@defensoria.pr.def.br*

O livro traz uma apresentação magistral do constitucionalista Pedro Lenza e é dividido em 6 capítulos, cada um com um tema específico, mas sempre interligados entre si.

No primeiro capítulo da obra, os autores fazem um importante apanhado histórico sobre a Defensoria Pública, abordando a questão desde o Brasil colônia até o nascimento da expressão *custos vulnerabilis*.

No primeiro subtítulo (Brasil colônia e Brasil Imperial), destacam que nas Ordenações Filipinas e em alterações do ano de 1841 no Código de Processo Criminal já haviam dispositivos legais sobre isenção de custas aos pobres,¹ contudo, em relação especificamente à assistência judiciária gratuita ressaltam a importância do Instituto dos Advogados Brasileiros. Através dos esforços desse grupo foi criado, tão somente para atendimento de réus criminais, o cargo de advogado dos pobres pela Câmara da Corte do Rio de Janeiro, extinto em 1884.

Continuando o estudo histórico sobre o tema, os Autores abordam o Brasil republicano e as legislações pretéritas à Constituição de 1988. Em 1897, por meio do Decreto n° 2.457, fica declarado que a República deveria contar com um instituto de assistência judiciária para o patrocínio gratuito dos pobres, tanto na seara penal como na cível. Os autores ressaltam que apesar de válido apenas para o Distrito Federal, este Decreto foi de suma importância para iniciar um movimento nacional.

A criação da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930², também aparece com destaque na obra, vez que, em dezembro de 1931, através do Decreto n° 20.784, foi aprovado o regulamento da OAB, o qual previu que a assistência judiciária ficaria a cargo da Ordem,

¹ Lei n° 2/1823 e Lei n° 261/1841

² Artigo 17 do Decreto n°19.408/1930

tornando-se, ali, uma obrigação profissional.³

Os autores chegam, então, à Constituição de 1934, onde houve a opção por um modelo público de assistência judiciária, incluindo entre os Direitos e Garantias Individuais dos Cidadãos esta prestação estatal. O artigo 113 da Constituição de 1934, em seu dispositivo de número 32, impôs que a União e os Estados criassem órgãos especiais para assegurar aos necessitados a assistência judiciária, consagrando o modelo do *salaried staff* de fornecimento do serviço de acesso à Justiça.

A Constituição de 1937, conhecida como polaca, em razão de seu viés autoritário, não repetiu a redação progressista e humanitária da sua antecessora. A Constituição de 1946 volta a prever a assistência judiciária e a gratuidade de justiça aos necessitados, sem prever, contudo, alertam os autores, a necessidade de existência de órgãos especialmente criados para esse fim.

Sinalizam que a primeira lei a prever expressamente o cargo de “defensor público” foi a Lei nº 216 do antigo Distrito Federal, datada de 9 de janeiro de 1948. Em nota de rodapé, ressaltam que a Lei nº 2.588/1955 possivelmente foi a primeira com alcance nacional a se referir aos defensores públicos.

Desde a primeira previsão legal até sua efetiva materialização passaram-se seis anos. Foi em 1954, com a Lei Estadual nº 2.188, que foram criados os primeiros 6 cargos de defensor público. Após mais vinte e três longos anos, através da Lei Complementar nº 06/1977, cria-se, nos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara a Assistência Judiciária como órgão autônomo, com atribuições próprias, finalmente apartando a chefia da instituição à Procuradoria Geral de Justiça.

No subtítulo 1.3, os autores exploram os debates na Assembleia Nacional Constituinte no que se refere ao modelo de prestação de assistência judiciária, alertando para o fato de que o atual modelo (*salaried staff model*) disputava com os modelos *pro bono* e *judicare*. Havia também propostas parlamentares que propunham incorporar às atribuições do Ministério Público a assistência judiciária, além de outras, que garantiam aos defensores públicos, de forma expressa, o mesmo regime jurídico do Ministério Público (o que acabou não sendo aprovado).

De forma didática, os autores dispõem ao leitor a redação que chegou ao Plenário do Congresso Nacional (ainda com a previsão de regime jurídico idêntico ao do MP), o texto aprovado em primeiro turno e submetido à votação no segundo turno (incluindo a referência ao art. 5º, LXXVI após o termo “necessitados”) e a redação final (que incluiu um novo artigo – 135 – deixando expresso que à carreira de defensor público se aplicará o princípio do art. 37, XII e o art. 39, §1º).

Neste ponto, os autores fazem uma observação importante, apontando que, embora positiva a inclusão expressa da Defensoria Pública na Constituição, poderia o texto ter avançado ainda mais, vez que se limitou a dispor sobre a atuação como assistente judiciária,

³ Artigo 26 do decreto nº 20.784/1931

apenas uma, entre as diversas funções da instituição. Já adiantam, aqui, que reformas legais e constitucionais posteriores supririam essa lacuna redacional.

No subtítulo 1.4, os autores iniciam a exposição sobre a Defensoria Pública pós-1988, percebendo o crescimento de importância e presença da instituição na Constituição da República e na Lei Orgânica Nacional.

A primeira norma infraconstitucional após 1988 que tratou do tema Defensoria Pública foi a Lei nº 7.871/1989, que alterou a Lei nº 1.060/1950, para passar a prever as prerrogativas do prazo em dobro e da intimação pessoal aos Defensores Públicos.

Como a Constituição de 1988 previu que a Defensoria Pública deveria ser organizada por meio de Lei Complementar, obviamente que a edição desta LC era o momento mais esperado pelos entusiastas do fortalecimento da Instituição. Em 1993, o Poder Executivo Federal encaminha à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar nº 145, que, após muitas discussões e alterações, acabou por ser sancionada como Lei Complementar nº 80, datada de 12 de janeiro de 1994.

Aqui, os autores chamam a atenção para os vetos presidenciais. O Presidente da República resolveu vetar dispositivos legais que apontavam ser função da Defensoria Pública o patrocínio da ação civil pública, a homologação de transações extrajudiciais e a defesa da criança e do adolescente.

Aprofundando o estudo, identificam que os fundamentos para os vetos se baseou em premissa totalmente equivocada, qual seja, que a Defensoria Pública se limita a prestar assistência judiciária para pessoas carentes de recursos financeiros, o que é uma visão muito limitada do conceito de necessitados e das funções da Instituição.

Os autores salientam que mudanças legislativas posteriores foram capazes de suprir essa falha nos vetos presidenciais. O CPC de 1973 sofreu alterações para passar a prever que a homologação de acordos pela Defensoria Pública teria força de título executivo extrajudicial, o que foi repetido pelo CPC de 2015. O Código de Defesa do Consumidor trouxe a legitimidade da Defensoria para ações que visem tutelar direitos transindividuais. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz protagonismo para a Defensoria Pública na defesa de pessoas com menos de 18 anos de idade.

Ressaltam que a Defensoria Pública da União foi criada por meio de Medida Provisória. Trata-se da MP nº 617/94, depois convertida na Lei nº 9.020 de 1995. Nesse ponto, os autores demonstram a estranheza que causa uma Medida Provisória reger uma situação há mais de 20 anos.

Neste subtítulo (1.4), os autores decidem dividir o assunto em alguns subtópicos. No 1.4.1, estudam a evolução de conceito de necessitado e das funções da Defensoria. Lembram que era importante uma divisão entre funções típicas e atípicas, sendo as primeiras aquelas em que necessário fazer uma análise sócio econômica do pretense assistido, apenas podendo atuar por pessoas sem recursos financeiros para contratação de advogados, enquanto que na função atípica, a atuação do defensor não está vinculada a esta situação. Exemplificam casos de função atípica a Curadoria especial e a atuação na seara criminal.

Já no final desse subtópico, os autores citam decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para mostrar a evolução das funções da Defensoria Pública e a pouca importância desta divisão de funções entre típicas e atípicas. O TJ/RS entendeu que o múnus da Defensoria Pública não se liga puramente à proteção contra a vulnerabilidade econômica, de tal forma que não abrange “apenas o hipossuficiente no aspecto econômico, mas também sob o prisma organizacional (hipossuficiência social)”⁴.

No subtítulo 1.6, os autores fazem uma caminhada histórica de dez anos, partindo da Emenda Constitucional 45/2004 e encerrando em 2014 com a EC 80/2014. Em 2004, a Defensora ganhou no texto constitucional disposição expressa já prevista em sua Lei Orgânica, consolidando a autonomia funcional e administrativa da Instituição, além de iniciativa de sua proposta orçamentária, expressamente prevista para a DPU apenas em 2013, através da Emenda Constitucional nº 74.

Os autores destacam que nenhuma dessas alterações foi tão importante quanto a Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014, que elevou as funções e princípios da instituição à normas constitucionais. A partir desta data, diversas previsões antes limitadas a LC 80/1994 se transformaram em texto da Constituição da República. A Defensoria Pública passou a ser reconhecida constitucionalmente como a expressão e o instrumento do regime democrático, ampliando de forma significativa sua gama de missões constitucionais e fazendo surgir a ideia de *custos vulnerabilis*.

O nascimento dessa expressão é exatamente o título do item 1.7 do livro. Explicam os autores que o termo *custos vulnerabilis* surge em 2014, em um cenário de discussão sobre a atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva, tendo sido inclusive proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade⁵ contra a inserção da Defensoria Pública como uma das legitimadas a ajuizar Ação Civil Pública.⁶

A expressão foi criada por Maurílio Casas Maia, Defensor Público no Amazonas, para, de forma didática, explicar que a Defensoria não desejava substituir o Ministério Público no papel de fiscal da ordem jurídica justa, mas sim que, **à Defensoria Pública cabe a missão constitucional de defesa dos vulneráveis e, por outro lado, ao Ministério Público, a defesa da ordem jurídica, missões obviamente distintas**. O primeiro texto de Maurílio a citar expressamente o termo *custos vulnerabilis* data de 30 de junho de 2014. Trata-se do artigo O Estado-Defensor e sua missão enquanto *Custos Vulnerabilis* publicado no sítio eletrônico da Associação Nacional de Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP).⁷

No segundo capítulo da obra, trazem a figura do *Custos Vulnerabilis* contextualizando-a a uma atuação da Defensoria Pública como instituição política e responsável pela promoção da democracia, sendo mecanismo para participação político-social de grupos excluídos.

⁴ TJ-RS, Agr. De Inst. nº 70057478273, 10ª Câmara Cível, Rel. Jorge Alberto Schreider Pestana, J. 29/05/2014.

⁵ ADI 3493

⁶ Art. 5º, II, Lei nº 7.347/1985

⁷ Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=20140>. Acesso em 08/06/2020.

Iniciam esta parte do livro abordando a história do constitucionalismo, indicando que iniciou-se para que uma Constituição pudesse limitar o poder estatal (Estado liberal paupado por ideias iluministas) e acaba por, após a Segunda Guerra, se tornar a Constituição um porto seguro, também, para os direitos sociais e a garantia de direitos (neoconstitucionalismo e a força normativa das normas constitucionais).

Concluem os autores que, no Brasil, este segundo movimento resultou na promulgação da Constituição de 1988. Aqui, os autores fazem um apontamento muito interessante: percebem na redação da Constituição que o constituinte brasileiro optou por um Estado Democrático de Direito, sendo certo que é o democrático que precede o de Direito, sendo esse uma adjetivação daquele. Explicitam que este esforço semântico de nada terá valia se não for garantido espaço de fala aos grupos vulneráveis, visibilizados através da intervenção da Defensoria como *custos vulnerabilis*.

E é exatamente assim que os autores percebem a Defensoria Pública. No segundo subtítulo do segundo capítulo da obra chamam a atenção do leitor para o fato de que a Defensoria Pública é fruto do Estado Democrático de Direito, revelando-se em uma tentativa de dar voz aos vulneráveis, não por outro motivo, reconhecida no texto constitucional como expressão e instrumento do regime democrático.

Aqui os autores fazem uma crítica, anunciando que a equidade só se viabiliza por meio de uma abertura do processo e da garantia da paridade de armas, colocando em pé de igualdade, as funções essenciais à justiça e que deve a Defensoria Pública sempre atuar quando presente algum interesse que justifique a oitiva do posicionamento institucional, inclusive como fator de legitimação decisória. Encerram o capítulo mostrando que o modelo do *salaried staff*, adotado no Brasil, torna-se modelo para outras nações do mundo, inclusive nascendo a Defensoria Pública Interamericana, órgão responsável por prestar assistência jurídica àqueles que chegam sem representantes técnicos na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No terceiro capítulo destrincha-se o *Custos Vulnerabilis*, apontando seus fundamentos normativos, a ampliação do conceito de vulnerável e trazendo uma importante reflexão sobre a natureza jurídica desse novo instituto jurídico. A base normativa para falarmos em *custos vulnerabilis* está tanto na Constituição Federal (art. 134), ao estabelecer a Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático, na LC 80 de 1994, sobretudo no art. 4º, VII, X e XI, incluindo entre as funções institucionais o manejo de quaisquer instrumentos processuais para ampliar as defesas dos mais vulneráveis e traz uma cláusula geral de proteção deste grupo.

Os autores ainda identificam, no artigo 554, §1º do NCPC, um exemplo de intervenção *custos vulnerabilis* expressamente prevista em lei. Importante alerta é feito pelos autores nesse momento da obra. Alertam que a atuação interventiva inominada, como guardiã dos vulneráveis (intervenção *custos vulnerabilis*), não se resume aos casos deste dispositivo legal, afastando-se, assim, possível equívoco no sentido de se apontar este artigo do CPC como fundamento único e último para a intervenção *custos vulnerabilis*.

Nesse mesmo capítulo, abordam a evolução do conceito de vulnerável, citando Franklin Roger e Diogo Esteves para mostrar uma série de vulnerabilidades presentes na sociedade

de consumo e de risco no mundo contemporâneo, havendo a vulnerabilidade econômica (incapacidade financeira), organizacional (impossibilidade de articulação de um grupo), etária, indígena, por vivência em situação de rua, informacional (ausência de informação, especialmente em razão do baixo nível de instrução), entre outras. O conceito de vulnerável, trazida pelas 100 regras de Brasília também é bem ampla, percebem os autores. Chamam a atenção do leitor para a Regra 29 em que se estimula a ampliação de funções do Defensor Público.

Apontam, neste momento, decisões do STJ que perceberam essa multiface da vulnerabilidade e concluem dizendo que não se trata de enumeração exaustiva e que a atuação da Defensoria, diante do aumento do número de grupos vulneráveis e da ampliação deste conceito, se faz cada vez mais necessária.

Os autores destacam um subtítulo (3.3.3) para mostrar que houve uma boa recepção doutrinária do *custos vulnerabilis*, indicando como autores que já abordaram o tema: Marcos Vinicius Manso Lopes Gomes (doutrina institucional), Pedro Lenza (doutrina constitucional), Nelson Nery Júnior, Cássio Scarpinella Bueno (doutrina processual civil), Luigi Ferrajoli, Alexandre Morais da Rosa (doutrina processual penal) e Fabiana Barletta (doutrina de Direito do Consumidor).

O terceiro capítulo é encerrado com a exposição da natureza jurídica do *custos vulnerabilis*. Os autores a definem como **uma intervenção constitucional, atípica e móvel**. Constitucional porque tem sua base no artigo 134 da CRFB/1988. Atípica porque esta forma de atuação defensorial sempre existiu, mas antes de 2014 não se dava um nome específico para esta função, que sempre decorreu do regime jurídico institucional da Defensoria Pública. Por fim, móvel, pois é possível a migração de polo processual, desde que útil ao interesse público-defensorial em torno de sua missão constitucional.

No quarto, destacam que a Defensoria Pública é uma instituição multifacetada e dinâmica, podendo estar presente no processo de diversas formas e em ambos os polos da relação, permitindo-se, em razão de sua ampla gama de missões previstas constitucionalmente, inclusive, que migre de polo durante a relação jurídica-processual.

O mais interessante deste quarto capítulo está no subtítulo 4.5.1, quando diferenciam a figura do *amicus curia* e do *custos vulnerabilis*. Os autores apontam que a intervenção institucional da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* é instrumento de efetivação da missão constitucional do Estado Defensor, concretizando um feixe de poderes mais amplos (produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e **recorrer**) e consentâneos com seu papel do que a figura do *amicus curiae*. Aqui, com uma frase forte, encerram a discussão: “Se trata de uma intervenção enquanto guardiã dos vulneráveis e não como amiga da corte”.

No capítulo quinto, os autores apontam que a figura do *Custos Vulnerabilis* deve se fazer presente também no processo penal, vez que não há dúvidas de que uma das parcelas mais vulneráveis da população brasileira são os seres humanos que estão privados de liberdade

em ambientes reconhecidamente em estado de coisas inconstitucional⁸. Interessante notar aqui que os autores, já no título do capítulo, destacam a importância de utilização do *Custos Vulnerabilis* no processo penal **unicamente em defesa do Réu, sendo sempre uma intervenção pró-defesa.**

A principal fundamentação apontada pelos autores para esta intervenção no processo penal está nas lições de Luigi Ferrajoli, que sugere, em sua obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, que o Defensor Público atue como um Ministério Público de Defesa, devendo tutelar os direitos fundamentais dos acusados, **sem substituir, mas complementando, o trabalho do advogado constituído** para a prestação da assistência judiciária, função essencial, mas incapaz de garantir ao acusado que todos os seus direitos fundamentais serão respeitados durante todo o trâmite processual.

A própria Lei de Execuções Penais (LEP), observam os autores, percebe a Defensoria Pública como algo muito maior do que a mera prestadora de assistência judiciária às pessoas encarceradas. Atentos, os escritores apontam que o artigo 61, VIII eleva a Defensoria Pública a órgão de execução penal e lhe atribui o papel de velar pela regular execução da pena, da medida de segurança e da prisão provisória (arts. 81-A e art. 2º, parágrafo único, Lei nº 7.210/1984).

Exatamente em razão desta previsão legal, os Autores de livro específico sobre *Custos Vulnerabilis* concluem que é possível atuar, para o fiel cumprimento de sua missão constitucional, como um terceiro interveniente, no âmbito da execução penal.

O capítulo sexto leva o leitor a um estudo profundo sobre a jurisprudência envolvendo o tema, apresentando o texto diversas ementas de julgados de Tribunais de Justiça dos mais variados estados do país, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que a figura do *Custos Vulnerabilis*, apesar de recentemente difundida, já chegou aos Tribunais Superiores e, melhor do que isso, foi muito bem aceito.

E não poderia ser diferente, vez que, através da atuação da Defensoria Pública, permite que processos judiciais, tantas vezes conhecidos por seus procedimentos formais e distância com o cidadão vulnerabilizado, sejam preenchidos com maior participação democrática e humanização das decisões.

Em setembro de 2019, a segunda seção do STJ, reconheceu a possibilidade de a Defensoria Pública da União assumir a função de *custos vulnerabilis* em recurso repetitivo em favor dos vulneráveis que tramitava na Corte. Em menos de 5 anos a figura do *custos vulnerabilis* deixou de ser um termo meramente teórico para passar a ser materializado na prática, contribuindo para um Sistema de Justiça mais humano e um nível de democracia mais consolidado.

Encerrando a obra, os autores apresentam dez conclusões sobre o tema. A primeira delas é de que a origem da Defensoria Pública (nasce dentro do Ministério Público) explica historicamente sua vocação institucional coletiva. A segunda conclusão é a definição de *custos*

⁸ ADPF 347

vulnerabilis como uma atuação da Defensoria Pública, em nome próprio, em favor de seu interesse institucional, sempre relacionado à tutela jurídica dos vulneráveis. Trata-se de um interesse institucional primário. Na conclusão de número 5, os autores fazem uma crítica ao Estado paternalista, afirmando que a superação das desigualdades só é possível com o fortalecimento dos indivíduos e grupos vulneráveis, não com o assistencialismo.

Nas duas últimas conclusões explicitam que os Tribunais vêm aceitando continuamente a legitimidade *custos vulnerabilis* como forma de expressão do interesse constitucional e institucional da Defensoria Pública, e que, tal forma de atuação no processo penal, por exercer a Defensoria o papel de Estado Defensor apenas pode se dar pró-defesa, sob pena de nulidade.

O livro, portanto, apresenta uma sequência lógica de teses para chegar a conclusões bem interessantes. Os autores se valem de um estudo sobre as origens da Defensoria Pública, fazem um trabalho exaustivo sobre a redação de diversos dispositivos legais, analisam doutrinas e julgados sobre o tema, para, só então, consolidar a posição de que a intervenção *custos vulnerabilis* não só existe, como é uma realidade palpável em livros e em decisões judiciais, além de ter que ser estimulada, pois democratiza o processo ao dar luz aos vulneráveis, que terão na Defensoria um instrumento de voz.