



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO  
ESCOLA SUPERIOR

**REVISTA DA  
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Nº 3**

1ª edição

Brasília  
2010

**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

José Rômulo Plácido Sales

**DIRETOR-GERAL DA ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

Holden Macedo da Silva

**CONSELHO EDITORIAL**

Diretor-Geral da Escola Superior da Defensoria Pública da União

Holden Macedo da Silva

Diretor do Departamento de Direito Constitucional e Ciências Afins

Estevão Ferreira Couto

Diretor do Departamento de Direito Infraconstitucional

Felipe Caldas Menezes

Diretor do Departamento de Direito Penal e Processual Penal

André Carneiro Leão

A revista da Defensoria Pública da União é uma publicação semestral destinada à divulgação de artigos acadêmicos inéditos na área de acesso à justiça, democracia, garantias fundamentais e direitos humanos. Para submeter um trabalho à avaliação do Conselho Editorial, envie o texto para [revistadpu@dpu.gov.br](mailto:revistadpu@dpu.gov.br).

2010, 1ª edição

**ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

Setor Comercial Sul, Quadra 02, Bloco C, Nº 256

CEP 70.302.000, Brasília/DF.

Revista da Defensoria Pública da União, Defensoria  
Pública da União. N.3 (jul./dez. 2010).

Brasília : DPU, 2010 - 120p.

Semestral

ISSN 1984-0322

1. Jurisprudência - Periódico. 2. Direito - Doutrina -

Jurisprudência. I. Brasil. Defensoria Pública da União.

CDDir 340.6

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>EDITORIAL .....</b>	<b>7</b>
<b>CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REQUISITO DA RENDA FAMILIAR <i>PER CAPITA</i> PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NO ART. 20 DA LEI 8.742/97.....</b>	<b>9</b>
Maíra de Carvalho Pereira	
<b>A DEFENSORIA PÚBLICA PERANTE OS TRIBUNAIS SUPERIORES – UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA ATUAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFENSORIA DA UNIÃO .....</b>	<b>22</b>
Thales Arcoverde Treiger	
<b>O DIREITO DE VOTO DOS PRESOS PROVISÓRIOS E DOS ADOLESCENTES SUBMETIDOS A MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS .....</b>	<b>30</b>
João Paulo de Campos Dorini Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro	
<b>DEFENSORIA PÚBLICA. PRERROGATIVA DA INTIMAÇÃO PESSOAL COM VISTA DOS AUTOS FORA DE CARTÓRIO. LISTISCONSORTE. PRAZO COMUM. TERMO INICIAL DE CONTAGEM DOS PRAZOS. CARÁTER ABSOLUTO (RECURSO ESPECIAL Nº 1.108.654).....</b>	<b>48</b>
Michelle Valéria Macedo Silva	
<b>O CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NASTRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES .....</b>	<b>56</b>
Jair Soares Rodrigues	
<b>ATIVISMO JURÍDICO: EXPRESSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA CIDADANIA ATIVA .....</b>	<b>75</b>
Felipe Dezorzi Borges	

<b>O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.....</b>	<b>88</b>
Rômulo Coelho da Silva	
<b>PEÇA PROCESSUAL: AÇÃO CIVIL PÚBLICA DO ENADE.....</b>	<b>94</b>
Carlos Eduardo Regílio Lima	
<b>PEÇA PROCESSUAL: MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO DA GRATUIDADE DO RNE.....</b>	<b>114</b>
João Paulo de Campos Dorini	

## APRESENTAÇÃO

Vem em boa hora o volume 3 da Revista da Defensoria Pública da União, o primeiro editado sob a minha gestão à frente da Defensoria Pública-Geral.

O trabalho de consolidação por que passa a nossa instituição nos diversos planos certamente se espraie sobre seu principal mecanismo de divulgação científica, a Revista da Defensoria Pública da União.

Há necessidade de fixarmos cada vez mais os alicerces acadêmicos do sistema público ou oficial de assistência jurídica aos necessitados, corajosa e abnegadamente prestado, no Brasil, sob o manto da Defensoria Pública.

Este órgão científico é mais um esforço neste sentido.

Sabemos que certamente muito ainda há que se fazer, mas a nossa revista já tem espaço cativo no seio da carreira dos Defensores Públicos e, com o apoio dos nossos pares e da Escola Superior, alçará voos acadêmicos ainda mais altos.

Desejo que a leitura possa ser prazerosa e que possamos contribuir para a qualidade dos nossos serviços e para a sedimentação de nossas idéias e ideais.

**José Rômulo Plácido Sales**  
Defensor Público-Geral Federal



## EDITORIAL

Após o sucesso dos volumes anteriores, vem ao prelo o volume 3 da Revista da Defensoria Pública da União, nosso órgão de divulgação técnico-científica, que dá cabal cumprimento a alguns dos objetivos da Escola Superior, quais sejam: aperfeiçoar e atualizar a capacitação técnico-profissional dos membros e servidores da Defensoria Pública da União e promover estudos, debates e discussões de temas conexos à prestação da assistência jurídica pela Defensoria Pública da União.

Neste volume destacamos, em primeiro lugar, a novel seção que objetiva divulgar peças processuais representativas da atuação técnica dos membros da instituição.

Na “ação civil pública do ENADE”, o Defensor Público Federal Carlos Eduardo Regílio Lima objetiva a declaração de ilegalidade do art. 28, caput, da Portaria nº 2.051, de 9 de julho de 2004, do Ministro de Estado da Educação. Ao manejar esta nova ferramenta processual posta à disposição da Defensoria Pública pelo legislador ordinário, defende que não é razoável condicionar a colação de grau e a emissão do histórico escolar à participação efetiva do aluno no Exame Nacional de Desempenho de Estudantes – ENADE, já que a própria Lei que instituiu este sistema de avaliação (Lei nº 10.861/2004) não prevê qualquer tipo de punição para os alunos que não participarem da avaliação.

Já no mandado de segurança coletivo impetrado pelo Defensor Público Federal João Paulo de Campos Dorini, surge a temática da expedição, pelo Polícia Federal, do Registro Nacional de Estrangeiro – RNE, independentemente do pagamento de taxas, desde que se trate de pessoa pobre, nos termos da lei.

Como se pode observar, a atuação da Defensoria Pública em prol dos necessitados cresce em importância e visibilidade a cada dia.

Também devem ser destacados os artigos de diversos colaboradores, onde foram abordados os temas do requisito da renda familiar per capita para a concessão do benefício assistencial do art. 20 da LOAS; a atuação da Defensoria Pública da União perante os Tribunais Superiores; o direito de voto dos presos provisórios e adolescentes submetidos a medidas sócio-educativas; a prerrogativa da intimação pessoal com vista dos autos fora de cartório; o cabimento do habeas corpus nas transgressões disciplinares militares; o ativismo jurídico e o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário; todos eles com notórias inflexões no trabalho dos Defensores Públicos e no dia-a-dia dos milhões de cidadãos necessitados do país.

Aproveitemos todos a contribuição teórico e prática dos Defensores Públicos articulistas e boa leitura.

**Holden Macedo da Silva**

Diretor-Geral da Escola Superior da Defensoria Pública da União



# CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REQUISITO DA RENDA FAMILIAR *PER CAPITA* PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NO ART. 20 DA LEI 8.742/97

Maíra de Carvalho Pereira\*

## 1. Introdução

A preocupação do homem com os infortúnios da vida, especialmente as doenças e a idade avançada remonta aos tempos mais remotos. As primeiras manifestações de assistência registradas na história foram caracterizadas pela caridade de certas pessoas em relação aos mais necessitados, fundadas na solidariedade e sem qualquer interferência estatal (o chamado assistencialismo). Aponta-se a *Porr Relief Act* (Lei de Amparo aos Pobres) de 1601, na Inglaterra, como o primeiro marco da atuação do Estado na função de órgão prestador de assistência à população necessitada.

Depois da Revolução Industrial, a preocupação da proteção social centrou-se nos trabalhadores, a exemplo da Alemanha (1883), Itália (1883) e França (1898). Após esta fase inicial dos embrionários sistemas de previdência, a proteção social tendeu a se generalizar, tendo o direito à seguridade social sido expressamente garantido nas Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948<sup>1</sup>.

Atualmente, a definição dada à Seguridade Social é de um conjunto integrado de ações do Estado contra as contingências sociais, estando nela abrangidos, na maioria dos sistemas, a lógica do seguro social e a lógica da assistência<sup>2</sup>.

No Brasil, consoante artigo 194 da Constituição Federal, a Seguridade Social abrange a Previdência, a Saúde e a Assistência Social. A primeira possui caráter contributivo e retributivo, ou seja, só fará jus a algum benefício deste sistema aquele que é filiado como segurado da Previdência Social e verteu contribuições para tanto (lógica do seguro social).

A Saúde, por outro lado, é “direito de todos e dever do Estado” (artigo 196, *caput*, da Constituição Federal), sendo marcada essencialmente pela universalidade. Através do Sistema Único de Saúde (SUS, regulamentado pela Lei nº 8.080/90), todas as pessoas

\* Defensora Pública Federal de Segunda Categoria  
Defensora Pública-Chefe da DPU/PE  
Titular do 12º Ofício de Direito Previdenciário da DPU/PE  
Especialista em Direito Civil e Processual Civil

1 “Artigo 85. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à seguridade no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle.” Grifou-se

2 DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2008, p. 39.

têm direito ao acesso à rede pública de saúde, não sendo preciso demonstrar para tanto qualquer contribuição específica ou a condição de miserabilidade.

A Assistência Social, por seu turno, busca prover o mínimo para as pessoas necessitadas e/ou miseráveis, que não conseguem, sozinhas, garantir uma vida digna para si e sua família. Também é um sistema não contributivo<sup>3</sup>, razão pela qual integra a lógica da assistência da Seguridade Social brasileira.

Uma das diretrizes da assistência social foi a previsão pelo constituinte originário no artigo 203, inciso V, do Benefício de Prestação Continuada (BPC) ao deficiente e ao idoso cuja família não tenha condições financeiras de prover o sustento de forma satisfatória. Tal norma foi considerada de eficácia limitada, tendo sido necessária a regulamentação através do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS) para que ela se tornasse de eficácia plena<sup>4</sup>.

A origem do benefício assistencial é apontada como sendo a Lei nº 6.179/1974, o então chamado “amparo previdenciário”. Tal benefício era considerado uma prestação previdenciária e se distingue do benefício previsto na LOAS primordialmente porque pressupunha que o beneficiário já tivesse sido filiado ao INPS (Instituto Nacional de Previdência Social) em algum momento da vida, bem como era estabelecido no valor de meio salário mínimo. Percebe-se, assim, que, apesar de ser chamado de amparo, tal prestação não era propriamente um benefício assistencial, uma vez que dependia de anterior filiação (mesmo que após tivesse perdido a qualidade de segurado) ao regime de previdência.

O benefício previsto no artigo 203, inciso V da CF 1988, por sua vez, é nitidamente assistencial, uma vez que independe de anterior filiação ou contribuição para os cofres da Seguridade Social, e visa a garantir uma existência digna à parcela da população comumente estigmatizada: os idosos e deficientes.

Neste contexto, o presente trabalho busca enfrentar temas relevantes acerca do requisito da renda familiar *per capita* para concessão do benefício assistencial ao idoso e ao deficiente, especialmente após a promulgação do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), sempre com o enfoque nos princípios constitucionais e na jurisprudência.

3 Neste diapasão, o artigo 1º da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), dispõe que “a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada por meio de conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.” Grifo nosso.

4 “CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E IDOSO EM ESTADO DE MISERABILIDADE. C.F., art. 203, V; Lei 8.742, de 7.12.93. I. - Com a edição da Lei 8.742/93, tornou-se de aplicabilidade imediata o inc. V do art. 203, C.F., a partir da qual fixa-se a condenação. II. - No caso, a versão fática do acórdão, inalterável em recurso extraordinário, é no sentido da inexistência de rendimentos ou outros meios de subsistência. III. - Agravo não provido. (STF, RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 28-05-2004 PP-00061 EMENT VOL-02153-07 PP-01341).” “CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E AO IDOSO EM ESTADO DE MISERABILIDADE. C.F., art. 203, V; Lei 8.742, de 7.12.93. I. - Com a edição da Lei 8.742/93, tornou-se de aplicabilidade imediata o inc. V do art. 203, C.F. II. - No caso, a decisão que concedeu o benefício é posterior à citada Lei 8.742/93 e concedeu-o a partir da citação, tendo esta ocorrido na vigência da mencionada Lei 8.742/93. III. - RE não conhecido. (STF, RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator Ministro CARLOS VELLOSO DJ 05-10-2001 PP-00058 EMENT VOL-02046-11 PP-02203)”

## 2. Requisitos para Concessão do Benefício Assistencial

O artigo 203, inciso V da Constituição Federal estabeleceu dois requisitos para concessão do benefício assistencial mensal no valor de um salário mínimo, quais sejam: 1) ser a pessoa portadora de deficiência ou idosa; e 2) não ter condições de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Consoante já dito, tal norma constitucional era de eficácia limitada, tendo sido preciso que a Lei nº 8.742/93 regulamentasse seus requisitos para que fosse efetivado o comando constitucional, tornando-se, então, lei de eficácia plena<sup>5</sup>.

Da leitura do artigo 20 da LOAS, percebe-se que ela detalhou os requisitos constitucionais, ao exigir para a concessão do benefício que: 1) a pessoa portadora de deficiência seja incapacitada para a vida independente e para o trabalho; 2) o idoso conte com 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou mais; 3) a renda mensal *per capita* da família do requerente seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo; 4) o requerente não receba qualquer outro benefício da Seguridade Social ou de outro regime, salvo o de assistência médica.

Primeiramente, é preciso salientar que o texto constitucional exige que o beneficiário seja deficiente, enquanto a LOAS determina que esta pessoa seja *incapacitada para o trabalho e para a vida independente*. A simples leitura do dispositivo legal levaria à conclusão de que apenas as pessoas que não conseguem exercer atividades diárias como se vestir, banhar-se e alimentar-se poderiam ser destinatárias do benefício assistencial. Entretanto, esta não é a finalidade da norma, razão pela qual doutrina e jurisprudência entendem que a incapacidade para a vida independente deve ter interpretação mais ampla do que a incapacidade para as atividades da vida cotidiana sem auxílio de terceiros<sup>6</sup>.

Quanto ao piso etário para concessão do benefício, a redação original da Lei nº 8.742/93 fixou em 70 (setenta anos), sendo posteriormente diminuído para 67 (sessenta e sete) anos pela MP 1.599-39, convertida na Lei nº 9.720/98 e, com o artigo 34, *caput*, Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), para 65 (sessenta e cinco) anos. Saliente-se que esta previsão não modificou o conceito de idoso inculpidado no artigo 1º do mesmo Estatuto, permanecendo a ser considerada idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (ses-

5 Além disso, foi editado o Decreto nº 1.744/1995 para regulamentar a matéria, o qual foi revogado pelo Decreto nº 6.214/2007, atualmente em vigor.

6 “PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS). REQUISITOS LEGAIS. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. RENDA PER CAPITA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. DEFICIÊNCIA RECONHECIDA POR LAUDO PERICIAL. BENEFÍCIO CONCEDIDO A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HONORÁRIOS PERICIAIS. CUSTAS. ISENÇÃO. (...) 3. A incapacidade para a vida independente deve ser entendida não como falta de condições para as atividades mínimas do dia a dia, mas como a ausência de meios de subsistência, visto sob um aspecto econômico, refletindo na possibilidade de acesso a uma fonte de renda. 4. Laudo médico pericial (fls. 86/88) concluiu que, em razão das doenças, hipertensão arterial sistêmica, diabetes mellitus, hipercolesterolemia e catarata, há incapacidade laborativa, “devido à extensão e gravidade das patologias por ela apresentadas e o caráter crônico e irreversível das mesmas”. 5. Tendo, então, sido comprovada sua miserabilidade, por prova testemunhal (fls. 47/48), é forçoso reconhecer que tem a autora direito à concessão do benefício de assistência social, desde a data da citação, tendo em vista, a ausência do requerimento administrativo. (...)” (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC - APELAÇÃO CIVEL – 200801990134355, Segunda Turma, e-DJF1 DATA:05/03/2009 PAGINA:186)

senda) anos. Todavia, para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, podem fazer jus ao benefício os idosos com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais.

A LOAS previu ainda o que vem a ser “não ter condições de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”, estabelecendo o critério de renda mensal *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo (artigo 20 § 3º), o qual foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232/DF.

Mesmo após a declaração de constitucionalidade deste critério objetivo pela Corte Suprema, várias ainda são as discussões acerca do critério para aferição da miserabilidade do candidato ao BPC, as quais serão melhor desenvolvidas a seguir.

### 3. Critério objetivo para aferição da renda previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93

O artigo 20 §§ 1º e 3º da Lei nº 8.742/93 dispõem acerca do requisito da miserabilidade do grupo familiar para concessão do benefício assistencial ao idoso e deficiente. De acordo com tais preceitos, é necessitado aquele cuja renda *per capita* familiar seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo, sendo consideradas para este cômputo apenas as pessoas que coabitem com o requerente ao benefício assistencial mencionadas no artigo 16 da Lei nº 8.213/91, quais sejam, cônjuge, companheiro ou companheira, filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 1232/DF, considerou constitucional o critério objetivo estabelecido pela Lei nº 8.742/93, uma vez que a Constituição Federal remeteu ao legislador a função de dispor acerca dos requisitos previstos genericamente no artigo 203, inciso V. Na referida ação direta, foi indeferido o pedido liminar de suspensão do dispositivo legal impugnado, sendo posteriormente julgado improcedente o pedido formulado na peça inicial, consoante ementas a seguir transcritas:

“MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE “FAMILIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA” DADO PELO PAR.3. DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTENCIA SOCIAL (LEI N. 8.742, DE 07.12.93) PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. . 1. Arguição de inconstitucionalidade do par. 3. do art. 20 da Lei n. 8.472/93, que prevê o limite máximo de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo de renda mensal “per capita” da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição. 2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação. 3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal e maior do que a sua manutenção no sistema jurídico. 4. Pedido cautelar indeferido.” (STF,

**ADI 1232 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA,**  
DJ 26-05-1995 PP-15154)

“CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.” (**ADI 1232 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM,** DJ 01-06-2001 PP-00075)

Pois bem. Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter declarado constitucional o critério previsto no artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, é preciso ter em mente que este não é único caminho para se aferir a miserabilidade do grupo familiar do candidato ao benefício de prestação continuada.

De fato, nos casos em que restar comprovada ser a renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, há presunção da incapacidade econômica de prover as necessidades básicas do deficiente ou idoso. Tendo em vista que este foi o critério objetivo eleito pela legislação – e considerado constitucional pelo STF - para aferir a miserabilidade, tal presunção, a nosso ver, é absoluta, não havendo espaço para prova em contrário por parte do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Assim, estando preenchido o requisito etário ou da deficiência física ou mental, aliado à renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, é direito subjetivo do requerente a concessão do benefício assistencial, não se podendo cogitar acerca da conveniência e oportunidade de tal ato administrativo.

Fixado este ponto, não se deve esquecer de que o critério objetivo da renda foi estabelecido para facilitar a aferição da miserabilidade, não podendo servir de empecilho à análise desta condição por outros meios. Com efeito, a depender das peculiaridades de cada caso, pode restar constatado que, apesar de a renda familiar *per capita* ser igual ou superior a ¼ do salário mínimo, a família do requerente não possui condições de prover o seu sustento, estando evidenciada a condição de hipossuficiência econômica do clã.

Assim, se a renda familiar *per capita* for igual ou maior que ¼ do salário mínimo, abre-se a oportunidade para que a miserabilidade seja comprovada por outros meios, tais como despesas com medicamentos, tratamentos ambulatoriais, aluguel para moradia, entre outros. Isto não significa infringir o critério estabelecido no artigo 20 § 3º da Lei nº 8.742/93, mas apenas flexibilizar as formas de se constatar a miserabilidade.

De fato, não se pode desconsiderar a existência e a constitucionalidade do critério da renda *per capita* inferior a ¼ salário mínimo, sob pena de ofensa à autoridade da decisão proferida nos autos da ADI 1232/DF pelo Supremo Tribunal Federal; por outro lado, este critério pode ser flexibilizado, admitindo-se a comprovação da miserabilidade por outras formas, sem afastar a aplicabilidade do disposto no artigo 20 § 3º da LOAS.

É bem sabido que um mesmo fato – no caso, a incapacidade da família de prover a manutenção do idoso ou deficiente – pode ser provado de várias maneiras, sendo preciso que o operador do Direito esteja aberto para tanto. Consoante dito, sendo a renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, não há mais questionamentos acerca da hipossuficiência econômica. Entretanto, ultrapassado este limite, a miserabilidade pode ser provada por outros meios, sempre respeitadas as peculiaridades de cada caso concreto.

Neste sentido, foi editada a Súmula nº 11 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais<sup>7</sup> (TNU), a qual em abril de 2006 foi cancelada nos autos do Pedido de Uniformização nº 2004.70.95.009545-6, passando-se a considerar naquele colegiado que o único critério para aferição da miserabilidade é a observância da renda *per capita* familiar não superior a ¼ de salário mínimo, nos exatos termos do artigo 20 § 3º da Lei nº 8.742/1993, não comportando temperamentos ou adequações caso a caso.

Entretanto, posteriormente, tendo em vista os precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é possível comprovar a situação de miséria por outros meios, felizmente, a TNU voltou a flexibilizar o critério de ¼ do salário mínimo, consoante algumas ementas a seguir transcritas a título exemplificativo:

“PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REQUISITO DA MISERABILIDADE. RENDA FAMILIAR “PER CAPITA” INFERIOR A 1/4 (UM QUARTO) DO SALÁRIO-MÍNIMO. OUTROS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO PELO IDOSO. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. 1. Ficou patente a divergência do aresto atacado, com esta Turma, o Superior Tribunal de Justiça e, atualmente, o próprio Supremo Tribunal Federal, que se posicionaram no sentido de que a renda familiar “per capita” inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, não é o único requisito para a aferição da miserabilidade. 2. Tem prevalecido o entendimento de que o dispositivo do Estatuto do Idoso, que exclui os proventos do benefício assistencial do idoso da renda familiar, para fins de aferição da miserabilidade, deve ser interpretado de modo a alcançar, também, os benefícios de natureza previdenciária, cujo valor corresponda ao salário-mínimo. 3. Como é necessária a avaliação dos outros meios de prova produzidos, que poderá, até, se for o caso, demandar a dilação probatória, para que não haja a supressão de instância, a este Colegiado apenas incumbe anular a sentença e o acórdão, não se pronunciando, logo, sobre o eventual direito ao benefício. 4. Pedido de uniformização parcialmente provido.” (TNU, PEDILEF 200543009000310, Relator JUIZ FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, DJU 31/01/2008)

“BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LIMITE DE ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO PREVISTO NO § 3º, ART. 20, DA LEI Nº 8.742/93. 1. A Turma Recursal de Tocantins negou ao autor o direito ao benefício assistencial sob o fundamento de sua renda ultrapassar o limite de ¼ (um quarto) de salário mínimo, previsto artigo 20 da Lei 8.742/1993. 2.

7 “A renda mensal per capita familiar superior a ¼ do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3o, da Lei n. 8.742, de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”.

A questão atinente à comprovação da miserabilidade vem sofrendo modificações jurisprudenciais, para considerar que o preceito contido no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituado no artigo 203, V, da Constituição Federal. 3. Incidente conhecido e parcialmente provido, para anular o acórdão e sentença proferidos.” (TNU, PE-DILEF 200543009039683, Relatora JUÍZA FEDERAL MARIA IVINA VITÓRIA, DJU 24/03/2008)º

Ainda sobre o temperamento (e não exclusão ou desconsideração) do critério da renda *per capita* previsto na Lei Orgânica da Assistência Social, foi editado o Enunciado nº 50 no 3º Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, com a seguinte redação:

“A comprovação da condição sócio-econômica do autor pode ser feita por laudo técnico confeccionado por assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de Justiça ou através da oitiva de testemunhas.”

Neste contexto, parece ter restado pacificado o entendimento de que, apesar de constitucional o critério para aferição da miserabilidade estabelecido no artigo 20 § 3º da Lei nº 8.742/93, tal condição pode ser evidenciada por outras formas, uma vez que a renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo apenas traduz presunção de hipossuficiência econômica, não elidindo outros meios de prova desta situação.

#### 4. Outros critérios para aferição da miserabilidade no âmbito da Assistência Social

Com a edição das Leis nº 9.533/97 e 10.689/2003, que instituíram, respectivamente, o Programa de Garantia de Renda Mínima (PGRM) e o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA), alguns doutrinadores e magistrados passaram a defender que o critério para aferição da miserabilidade para fins de concessão do benefício assistencial passaria a ser renda *per capita* inferior a ½ (meio) salário mínimo.

Ambas as leis acima citadas estão inseridas no sistema da Assistência Social e, ao regulamentarem os requisitos para concessão dos benefícios assistenciais da renda mínima e do acesso à alimentação, previram como critério para aferição da hipossuficiência econômica a renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimoº.

Passou-se então a defender que, por uma questão de isonomia e diálogo das fontes, não haveria razão para, dentro da Assistência Social, haver critérios diferenciados para

8 No mesmo sentido: TRF 4ª Região, AC 200771040059612, Relator Desembargador EDUARDO TONETTO PICARELLI, Turma Suplementar, D.E. 27/07/2009 (A comprovação da situação econômica do requerente e sua real necessidade não se restringe à hipótese do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, que exige renda mensal familiar per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, pois a condição de miserabilidade poderá ser verificada por outros meios de prova. Precedentes do STJ.)

9 Artigo 5º da Lei nº 9.533/97: “Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente: I – renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo.”

Artigo 2º § 2º da Lei nº 10.689/2003: “Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal **per capita** inferior a meio salário mínimo.”

considerar-se uma família miserável e outra não, a depender do tipo de benefício postulado:

“Como visto, os programas de acesso à alimentação e de renda mínima instituídos após a regulamentação do benefício assistencial consideram miserável a pessoa cuja renda *per capita* de seu grupo familiar seja inferior a ½ salário mínimo.

(...)

Sendo assim, há de se estabelecer igual tratamento jurídico no que concerne à verificação da miserabilidade, a fim de se evitar distorções que conduzam a situações desprovidas de razoabilidade. Em outras palavras, deve ser considerada incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ½ salário mínimo.”<sup>10</sup>

Não obstante a razoabilidade da referida tese, permanece majoritário o entendimento de que o critério da renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo continua válido, seja em razão dos efeitos *erga omnes* e vinculante da ADI 1232/DF, seja pelo princípio da especialidade, uma vez que os referidos diplomas legislativos não tratam do BPC, diferentemente do artigo 20 § 3º da Lei nº 8.742/93, cujo objeto é exatamente este.

De toda maneira, tendo em vista que a miserabilidade pode ser comprovada por outras formas, sendo o critério objetivo de ¼ do salário mínimo apenas um parâmetro para presunção da hipossuficiência econômica, nada impede que um idoso ou deficiente cuja família possua renda *per capita* de ½ salário mínimo tenha o benefício assistencial deferido, sem que isto signifique ofensa à lei ou à autoridade da decisão do STF proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

## 5. O Estatuto do Idoso e as alterações na interpretação do critério da hipossuficiência econômica para concessão do benefício assistencial

O artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) estabelece que o valor do benefício assistencial concedido a um idoso não será computado para o cálculo da renda *per capita* quando da concessão do mesmo benefício a outro idoso residente na mesma casa<sup>11</sup>.

Em outras palavras, em se tratando de concessão de benefício assistencial ao idoso, caso outro idoso componente do núcleo familiar já receba o benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/93, este valor de um salário mínimo não será computado para o cálculo da renda mensal familiar *per capita*. Possibilita-se, assim, a concessão de dois benefícios assistenciais diversos a pessoas de um mesmo grupo familiar.

Tendo isto em vista, surgem alguns questionamentos: apenas o benefício assis-

10 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 9 ed., rev. atual. conforme legislação em vigor até março de 2008. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 600.

11 “Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS”

tencial recebido por um idoso é excluído para o cálculo da renda familiar, ou também o benefício recebido por um deficiente? Se algum membro da família receber benefício previdenciário (e não assistencial) também à razão de um salário mínimo, este valor deve ser desconsiderado para fins de cálculo da renda familiar *per capita*?

Para responder a essas perguntas, é preciso ter em mente que o benefício assistencial de prestação continuada foi previsto pela Constituição Federal como forma de proteção às pessoas fora do mercado de trabalho que não possuam familiares próximos aptos a prover o seu sustento. Assim, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, a finalidade do benefício é amenizar a condição de miserabilidade do cidadão.

O requisito da hipossuficiência econômica é exigido de forma semelhante para idosos e deficientes no artigo 20 § 3º da Lei nº 8.742/93, não havendo razões para distinção neste sentido. De fato, as dificuldades financeiras enfrentadas pelo grupo familiar de um idoso são as mesmas do grupo familiar do deficiente, uma vez que ambos estão impossibilitados de ingressar no mercado de trabalho e requerem cuidados constantes e especiais.

Neste sentido, dúvidas não há de que o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso deve ser interpretado no sentido de que sejam abrangidos tanto os idosos como os deficientes, sob pena de afronta ao princípio da isonomia. Assim, para concessão do benefício assistencial ao idoso ou ao deficiente, se outro membro do grupo familiar (idoso ou deficiente) já receber o BPC, este valor não será computado para fins de cálculo da renda familiar *per capita*. Em outras palavras, havendo dois idosos, dois deficientes ou um idoso e um deficiente no mesmo grupo familiar, é possível a concessão do benefício assistencial a ambos, tendo em vista a exclusão do cálculo da renda *per capita* do valor de um salário mínimo recebido pelo primeiro contemplado pelo benefício assistencial.

A próxima questão a ser enfrentada é se apenas os benefícios *assistenciais* devem ser excluídos do cálculo da renda familiar *per capita* nos termos do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso ou também os benefícios de natureza *previdenciária* no valor de um salário mínimo.

De início, é preciso ter em mente que, apesar dos constantes aumentos, o salário mínimo nacional não serve para atender às necessidades básicas do cidadão, consoante exigido no artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal. Assim, se nem a pessoa que auferir um salário mínimo mensal consegue, muitas vezes, sobreviver dignamente, quicá quando este valor é utilizado para o sustento de toda uma família.

A Lei nº 10.741/2003 determinou que, para concessão do benefício assistencial ao idoso, desconsidere-se o valor do mesmo benefício já concedido a outro membro do núcleo familiar. Entretanto, a situação de extrema pobreza da família que auferir apenas um salário mínimo e possui dentre seus membros um idoso ou deficiente é a mesma, independentemente da natureza deste benefício, se assistencial ou previdenciária. Com efeito, não importa se a renda mínima é proveniente da Previdência ou da Assistência Social; o que deve ser levado em consideração é que o benefício no valor de um salário

mínimo não deve ser computado no cálculo da renda familiar *per capita*.

Assim, a jurisprudência, com base no artigo 34, parágrafo único do Estatuto do Idoso, e tendo em vista os princípios constitucionais da isonomia e dignidade da pessoa humana, passou a entender que, se algum membro da família recebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo, esta quantia também não deve ser considerada para o cálculo da renda *per capita* para fins de concessão do benefício assistencial ao idoso e ao deficiente.

De fato, se, para a concessão do benefício da LOAS ao idoso não será computado o valor de outro benefício assistencial no valor de um salário mínimo concedido a qualquer membro da família (artigo 34, parágrafo único da Lei nº. 10.741/2003), deve ser aplicada esta mesma sistemática ao idoso ou deficiente que possui familiar próximo cuja renda é proveniente de benefício previdenciário à razão de um salário mínimo.

Consoante dito, a situação de miserabilidade de um clã que sobrevive com um salário mínimo é a mesma, independentemente do benefício ser assistencial ou previdenciário. Se a interpretação do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso não fosse no sentido de abranger também os benefícios previdenciários no valor mínimo, estar-se-ia privilegiando a informalidade em detrimento do trabalhador que sempre verteu contribuições para a Seguridade Social. Além disso, configuraria interpretação irrazoável e anti-isonômica, não aceita pelo sistema constitucional brasileiro.

Este tema foi objeto de uma Ação Civil Pública proposta na Seção Judiciária de Blumenau, tendo o juízo monocrático indeferido a antecipação dos efeitos da tutela. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entretanto, reformou esta decisão, determinando que os réus (União e INSS) desconsiderassem nos requerimentos de benefícios dirigidos ao INSS para efeito de cálculo da renda familiar a que se refere a LOAS, tanto para idosos quanto para os deficientes, todos os outros benefícios de valor igual ao salário mínimo<sup>12</sup>. Eis um trecho da fundamentação da referida decisão:

“O benefício mensal de um salário mínimo recebido por qualquer membro da família, como única fonte de recursos, não afasta a condição de miserabilidade do núcleo familiar, em cuja situação se justifica a concessão de amparo social a outro membro da família que cumpra o requisito idade. Seria indiscutível contra-senso se entender que o benefício mensal de um salário mínimo, na forma da LOAS, recebido por um membro da família, não impede a concessão de igual benefício a outro membro, ao passo que a concessão de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, nas mesmas condições, seria obstáculo à concessão de benefício assistencial.

(...)

A renda familiar de um salário mínimo, percebida por um membro da família, independente da origem da receita, não poderá ser impedimento para que outro membro, cumprido os demais requisitos exigidos pela Lei nº 8.742/93, aufera o benefício assis-

12 TRF 4ª Região, Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.022719-0/SC, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira e Embargos de Declaração no mesmo AI.

tencial, pois a condição econômica para a sobrevivência é exatamente igual àquela situação de que trata o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003. Sob este prisma, ainda que tratando especificamente do idoso, a regra não pode deixar de ser aplicada no caso do “incapaz para a vida independente e para o trabalho”, porquanto economicamente não se pode dizer que se defronta com situações distintas.”

Dentro deste prisma, ainda por uma questão de igualdade, é defensável que, quando o benefício previdenciário recebido por membro da família supere o patamar de um salário mínimo, a renda familiar *per capita* deve ser calculada após a exclusão do valor de um salário mínimo da renda total bruta. Ora, se para concessão do benefício assistencial ao idoso ou deficiente deve ser excluído do cálculo da renda *per capita* qualquer benefício assistencial ou previdenciário à razão de um salário mínimo, quando o benefício recebido por algum membro da família superar este patamar, o valor de um salário mínimo também deve ser excluído do cálculo da renda *per capita*.

Em outras palavras, considerando-se que o salário mínimo atual corresponde a R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais), caso o membro da família receba benefício previdenciário no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a renda familiar *per capita* deve ser calculada após a subtração do montante correspondente ao salário mínimo ( $500 - 465 = 35$ /número de membros do grupo familiar).

## 6. Conclusão

O benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, inciso V da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 8.742/93 possui dois requisitos para concessão: 1) idade maior ou igual a 65 (sessenta e cinco) anos ou incapacidade laborativa; e 2) renda *per capita* familiar inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo.

Várias discussões foram travadas acerca do requisito da renda familiar do pretendente ao benefício, tendo o Supremo Tribunal Federal considerado constitucional o critério objetivo previsto no artigo 20 § 3º da LOAS (renda *per capita* familiar inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo). Apesar disto, a doutrina e a jurisprudência continuaram a se controverter acerca da comprovação da miserabilidade do grupo familiar, especialmente após a promulgação do artigo 34 do Estatuto do Idoso.

Neste contexto, o entendimento predominante é no sentido de que, não obstante a constitucionalidade do artigo 20 § 3º da Lei nº 8.742/93, este critério objetivo para aferição da hipossuficiência econômica pode ser flexibilizado, uma vez que, mesmo ultrapassado o limite de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo da renda familiar *per capita*, é possível a comprovação da miserabilidade por outros meios.

Além disso, em homenagem aos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e solidariedade, entendemos que deve ser dada interpretação extensiva à inovação legislativa inaugurada pelo Estatuto do Idoso, a fim de que não só o benefício assistencial, mas também o previdenciário, qualquer deles no valor de um salário mínimo auferido por um membro do núcleo familiar não deve ser computado para fins de renda

familiar *per capita*, quando da concessão do BPC a outro membro da família.

## 7. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum acadêmico de direito. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 35-100.

BRASIL. Lei n. 8213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. In: ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum acadêmico de direito. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 1335- 1348.

BRASIL. Lei n. 8742 de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. In: ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum acadêmico de direito. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 1349- 1353.

BRASIL. Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. In: ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum acadêmico de direito. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 1217 – 1223.

BRASIL. Lei n. 6179 de 11 de dezembro de 1974. Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6179.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6179.htm)>. Acesso em: 13 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei n. 9533 de 10 de dezembro de 1997. Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associada a ações socioeducativas. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9533.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9533.htm)>. Acesso em: 13 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei n. 10689 de 13 de junho de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.689.htm)>. Acesso em: 13 de agosto de 2009.

BRASIL. Decreto n. 6214 de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº. 3048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm)>. Acesso em: 13 de agosto de 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 9 ed., rev. atual. conforme legislação em vigor até março de 2008. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo: Método, 2008.

DUARTE, Marina Vasques. Direito Previdenciário. 6 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico,

2008. (Série: Concursos)

GONÇALES, Odonel Urbano. O BPC e o decreto nº 6.214, de 26.09.2007. Revista IOB Trabalhista e previdenciária, Porto Alegre, v. 19, n. 223, jan. 2008, p. 7-13.

JACOB, Luciane. Benefício de Prestação Continuada e as exigências dos §§ 2º e 3º do art. 20 da lei orgânica da assistência social. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 17 n. 198, dez. 2005. p. 35 - 48.

JORGE, Táris Nametala Sarlo. Manual dos benefícios previdenciários. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3 ed., 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Aristeu de. Manual prático da previdência social. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

## A Defensoria Pública perante os Tribunais Superiores – uma proposta de sistematização e fundamentação da atuação exclusiva da Defensoria da União

Thales Arcoverde Treiger

Defensor Público Federal de Segunda Categoria e Titular do 8º Ofício Cível da DPU/RJ

A Defensoria Pública é instituição essencial à Justiça, com assento constitucional no artigo 134 do texto constitucional, e tem como função precípua a prestação de assistência jurídica integral aos necessitados<sup>1</sup>, os hipossuficientes, assim reconhecidos, geralmente, como aqueles que se arcarem com honorários de advogados sofrerão prejuízo de seu sustento.<sup>2</sup>

Ponto importante ainda para o entendimento do presente artigo é a lembrança de que quando se fala em tribunais superiores, não se está falando do Supremo Tribunal Federal, mas sim e tão apenas do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar. É a lembrança de Frederico Rodrigues Viana de Lima.<sup>3</sup>

Dentre os princípios institucionais da Defensoria destaca-se um em particular, que, a par de essencial para o desenvolvimento das atividades institucionais, pouco é objeto de estudo entre os articulistas e os autores que desenvolvem em sede doutrinária os princípios institucionais da Defensoria, qual seja, o princípio da unidade.<sup>4</sup>

É certo que o princípio da unidade, princípio este que toca instituições como a Defensoria e o Ministério Público, foi implementado em nossa ordem jurídica e passou a merecer análise dos estudiosos com a sistematização do próprio Ministério Público a partir do início da década de 1980. Desde aquele momento começou a ser criado um arcabouço jurídico próprio para a adequação dessas instituições às nossas realidades nacionais e a um bom desenvolvimento de suas atividades precípua.

As explicações para a aplicação do princípio da unidade normalmente se resumem a pequenos trechos de obras doutrinárias e a alguns poucos acórdãos que, quando muito, afirmam que a unicidade significa que o membro da Defensoria atua não em seu interesse próprio, mas sim em nome e pela instituição e que fala em nome desta.<sup>5</sup> Evidentemente que em termos administrativos cada ramo da Defensoria Pública, assim como cada ramo do Ministério Público, atua de forma a conservar suas competências internas, o que nos afigura claro, na medida em que detêm orçamentos distintos que dependem inclusive de fontes de custeio diversas relativas a Unidades da Federação diversas, bem como possuem chefias distintas e se organizam de forma particular, observada a normatização geral. Tal fato não impede, contudo, que haja uma regência única, tanto do MP

1 Não entramos aqui na polêmica da questão do necessitado jurídico, pois o objetivo do artigo não é este.

2 Artigo 1º da Lei Complementar 80/94.

3 DE LIMA, Frederico Rodrigues. Defensoria Pública. Editora JusPodivm, p. 277.

4 Artigo 3º da Lei Complementar 80/94.

5 REsp 141347 RJ 1997/0051415-3. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 12.08.2002, p. 212.

como da Defensoria, inclusive com relação à aplicação dos vencimentos de seus agentes, bem como com uma estrutura básica prevista em lei de caráter geral e mesmo de uma estrutura administrativa que toca a todos esses ramos.

Quanto ao significado da unicidade de atuação, ainda que em sentido contrário ao esposado por Hugo Nigro Mazzili em seu Regime Jurídico do Ministério Público<sup>6</sup>, esta teria apenas contornos internos, ou seja, seria aplicada a cada um dos ramos do Ministério Público<sup>7</sup>. Holden Macedo da Silva,<sup>8</sup> em seus Princípios Institucionais da Defensoria Pública, assinala que embora a Defensoria Pública seja vinculada a um determinado ente da Federação ela é una, e tal unicidade deve ser entendida como legitimação de sua forma dual, porém una, como assinala a lei. Passamos a transcrever e lucidativo trecho da obra:

Ao que nos parece, não se pode esquecer, a organização da Defensoria Pública é primada, da mesma forma que a do Poder Judiciário e a do Ministério Público, pela cláusula da unicidade, porém, em homenagem ao sistema federativo, apresenta-se de forma dual. Observe-se que o Poder Político, embora uno, espraia-se em funções distintas, sendo exercido por órgãos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, cada um executando as atribuições que lhes são concedidas.

[...]

Se assim não fosse, em nome dos princípios da unidade e da indivisibilidade, não haveria a necessidade de a Defensoria Pública e o Ministério Público estruturarem-se na forma dual. Repita-se: só são concebidos dessa maneira em razão do sistema federativo e da própria organização do Poder Judiciário, Poder Político perante o qual funcionam.

Ora, a Defensoria Pública tem como princípio institucional a unidade não apenas sob enfoque de permitir que seus membros substituam-se uns aos outros, sem qualquer prejuízo para a atuação institucional ou para a validade do processo. Também devemos enxergar a unidade da Defensoria Pública no tocante ao seu regime geral, mormente o constitucional (grifos nossos).

No mesmo sentido, Gustavo Corgosinho é claro ao afirmar:

Não somente, também vale dizer que a Instituição deve ser considerada como única, abrangendo a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios bem como as Defensorias dos Estados, havendo apenas a especialização de competências para a finalidade de se dar maior eficiência ao serviço prestado, em simetria com os demais órgãos do sistema de justiça (Poder Judiciário e Ministério Público).<sup>9</sup>

Curioso que não vemos qualquer menção ao Poder Judiciário no plural. Justamente por tal característica da unidade, tanto a Magistratura como o Ministério Público e a Defensoria Pública ostentam leis de cunho geral que são ora leis nacionais, ora leis

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. Editora Saraiva. 3ª Ed., p. 81

7 No sentido contrário ao por nós esposado. ALVES, Cléber Francisco. Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Editora Lumen Juris. Nota 177, p. 317.

8 DA SILVA, Holden Macedo. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Fortium Editora, p. 52.

9 CORGOSINHO, Gustavo. Defensoria Pública – Princípios Institucionais e Regime Jurídico. Editora Dictum. 1ª Ed., p. 73.

de conteúdo específico da União como ente federativo. Aliás, não é por outro motivo que toda a doutrina dedicada ao processo civil é categórica ao dizer que a jurisdição é una e a competência de cada um dos órgãos do Poder Judiciário é a medida da jurisdição<sup>10</sup> em seus limites previamente traçados. É o que se deflui da obra de José Frederico Marques, talvez o maior estudioso do tema da jurisdição em nosso país:

“Competência é a medida da jurisdição, uma vez que determina a esfera de atribuições dos órgãos que exercem as funções jurisdicionais”.<sup>11</sup>

A razão da existência de órgãos administrativos de controle como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público sobre todos os ramos tanto do Ministério Público como do Poder Judiciário advém justamente da unicidade de tais competências constitucionais atribuídas a essas instituições. Esta é a justificativa para a criação de órgãos no âmbito do poder nacional para exercer controle sobre os ramos estaduais tanto do Ministério Público como do Judiciário, acumulando típicas funções atribuídas tanto ao ente federado como à República em si em órgãos federais. Ninguém questiona o fato de o órgão de cúpula do Poder Judiciário ser o Supremo Tribunal Federal.

No caso brasileiro, como a nossa Federação é descentralizada, algumas matérias foram reservadas ao poder central e outras foram delegadas e atribuídas aos estados-membros por intermédio do poder constituinte derivado. Tal forma de divisão das atribuições é de fato algo estranho ao federalismo clássico empreendido nos Estados Unidos, onde a Federação se forma a partir da aglutinação de estados independentes, como se vê na obra citada por Sérgio Ferraz:

Como colônia de Portugal ou como nação independente, o Brasil sempre foi um país caracterizado por nítida descentralização política. [...] A nossa evolução tem-se processado, sem descontinuidade, em função desta dualidade de ordens jurídicas: a do centro do poder soberano e das entidades menores, coincidentes com as áreas seccionais de governo, estabelecidas desde 1532.<sup>12</sup>

Percebe-se assim, de forma nítida, que há na verdade apenas uma função da Defensoria Pública, ainda que em sua divisão interna de atribuições haja um escalonamento das funções tanto no âmbito vertical como no âmbito horizontal para adaptar a instituição à complexidade da sociedade atual.

É justamente por conta da complexidade que Luiz Fux<sup>13</sup> justifica a impossibilidade material de termos juízos únicos e da mesma forma, aplicando-se a necessária especialidade das funções e da prestação do serviço público de assistência jurídica integral prestado pela Defensoria Pública de forma a observar a especialidade das funções inerentes ao melhor atendimento dos assistidos.

Evidentemente que a Defensoria Pública, justamente por ser una, não é passível de ser considerada de forma parcelada como nos faz querer crer o artigo 134, § 2º da

10 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. Editora Saraiva. 3ª Ed., p. 45.

11 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Editora Saraiva. 2ª Ed. Vol. Ip. 177.

12 TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Editora Forense, p. 01. Apud FERRAZ, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Editora Lumen Juris, p. 62.

13 FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Editora Forense, 1ª Ed., p. 78.

Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional nº 45/04, ao estabelecer, em nosso ver, a errônea e inconstitucional afirmativa de “Defensorias Públicas”, de forma expressa e pouco técnica, que estes ramos teriam autonomia administrativa e orçamentária, diferentemente do que vem sendo aplicado no nível federal. A distinção em termos orçamentários e administrativos não significa que a Defensoria deixe de ser uma, pelo contrário, apenas reforça que há ramos autônomos, assim como está dividida toda a República, que não é por outro fato reconhecida como uma Federação. Este, aliás, é o entendimento que se depreende do próprio artigo 2º da Lei Orgânica que estabelece em seu caput que a Defensoria Pública abrange os demais ramos da instituição, seja na União, seja nas Unidades Federadas.

Por conta justamente do princípio da unidade, e justamente porque a atuação não é dos seus membros, mas sim da instituição, que seus membros não são adstritos especificamente às ações judiciais que lhes tocam, mas sim a ofícios e núcleos próprios com atuação específica em cada ato processual, mormente espelhando a atuação do próprio Poder Judiciário. Neste particular, ocorre similaridade com a atuação do Ministério Público, e em razão da aplicação do mesmo princípio da unidade se possibilita uma atuação integral em todas as fases do processo. Tal organização interna, no caso da Defensoria Pública, permite o integral cumprimento não apenas do artigo 134 da CRFB, mas também a aplicação do direito fundamental, do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição.

As particularidades elencadas anteriormente indicam que, a Lei Complementar da Defensoria Pública, estabeleceu em seu artigo 14, que a Defensoria Pública da União atuaria preferencialmente junto aos Tribunais Superiores (§ 3º) para viabilizar justamente o que os ramos da Defensoria dos estados-membros não poderiam prover, que era o efetivo acesso às últimas instâncias do Poder Judiciário. Tal dispositivo legal realçou ainda mais a necessária unicidade da Instituição, ao ressaltar que no caput usa o verbo no imperativo, ao determinar que a Defensoria Pública da União atuará junto aos Tribunais Superiores, que nada mais são do que órgãos da Justiça Federal.

O STF, em acórdão datado de 2000, quando a Defensoria Pública da União sequer contava com seus quadros compostos pelo primeiro concurso, já decidiu a matéria, reforçando o argumento de aplicação do artigo 14 da Lei Complementar 80/94. Por conta da relevância do tema, transcrevemos a ementa do julgado abaixo:

EMENTA: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ATUAÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA TRATAR-SE, NO CASO, DE PROCESSO ORIUNDO DE DEFENSORIA ESTADUAL, O QUAL, NA CONFORMIDADE DO ART. 111 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 80/94 CONTINUARAM A CARGO DO REFERIDO ÓRGÃO. ACÓRDÃO QUE SE TERIA OMITIDO QUANTO A ESSA CIRCUNSTÂNCIA. Instituição que, a exemplo do Ministério Público, é considerada una e indivisível, a teor da norma do art. 3º da Lei Complementar nº 80/94, que refere o órgão como unidade, não de chefia, mas da própria função, constitucionalmente considerada essencial à Justiça. Os arts. 106 e 108 da mencionada lei atri-

buem à Defensoria Pública do Estado a defesa dos necessitados no âmbito judicial da respectiva unidade federada, competindo-lhe, obviamente, interpor os recursos cabíveis para qualquer Tribunal (art. 129, VII), o que abrange, por óbvio, os Tribunais Superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal, perante o qual atuará o Defensor Público-Geral, na conformidade do art. 23 do diploma legal sob enfoque. Assim, encontrando-se já providos os cargos de Defensor Público-Geral e de Subdefensor Público-Geral, perde toda consistência, no presente caso, a justificativa de ainda não se acharem preenchidos os cargos do quadro de Defensores Públicos da União. Considerações em face das quais são rejeitados os embargos.<sup>14</sup>

Imagine-se se fosse feita a organização da Defensoria de forma distinta, como em um escritório de advocacia, com a divisão linear de trabalho. O defensor lotado em uma comarca do interior para ir à tribuna passaria por alguns percalços que dificultaria a prestação da assistência jurídica integral. Deveria viajar, receber diárias, fazer uso de uma sede fora da sua atribuição, deixar de acompanhar seus prazos, não atender assistidos, e por aí vai. Não é demais perceber que uma série de contratemplos, e porque não dizer de dispêndio de recursos públicos, seria realizado através de uma organização pouco racional, ainda mais considerando a realidade da Justiça Federal, que é concentrada em apenas cinco Tribunais Regionais e, mais ainda, no que pertine aos Tribunais Superiores, todos sediados em Brasília.<sup>15</sup>

O fato de serem tanto a Defensoria Pública como o Ministério Público instituições essenciais à Justiça não invalida o fato de serem ambos submetidos aos princípios que norteiam toda a administração pública. Em resumo, além das disposições acerca dos servidores, sejam membros ou não, submetidos a todo o regramento previsto no artigo 37 da CRFB, a própria instituição guarda uma necessária aplicação de todos os princípios ali previstos. Embora haja também princípios próprios previstos em leis orgânicas, deve haver obediência a toda a normatização genérica, inclusive por conta da efetividade da Constituição.

No caso específico para a solução da questão da atuação perante os tribunais superiores, entendemos que o princípio da eficiência e o princípio da economicidade falam mais alto no sentido de obrigatoriamente competir à Defensoria Pública da União a atuação em todas essas instâncias do Judiciário. Aliás, é justamente o princípio da eficiência que deflui de todo o ordenamento e dos deveres impostos ao gestor público, que sequer necessita de previsão expressa. É justamente nesse diapasão que Diogo Figueiredo Moreira Neto expõe seu conceito para o princípio da eficiência como uma luva para o caso em questão:

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como

14 AI-ED 237400 / RS, Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 24-11-2000, p. 102, RTJ 176-03 PP-01388.

15 Nunca é demais dizer que no clássico “Acesso à Justiça” um dos preceitos básicos que norteou a criação do sistema de assistência jurídica denominado “salaried staff”, que é nosso sistema aplicado na Defensoria, foi justamente racionalizar o sistema de modo a obter melhor relação de custo-benefício. CAPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryan. Editora Sérgio Fabris, p. 40.

um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.<sup>16</sup>

Nesse sentido, não é favor que as instituições ajam com o objetivo de otimizar os resultados com minimização dos custos, mas sim verdadeiro dever legal imposto ao administrador público, sob pena de incorrer nas penalidades previstas na Lei 8.429/92, que prevê a improbidade administrativa por atos lesivos ao Erário.

A razão que vemos para essa organização do trabalho é assegurar-se o legislador da existência de um órgão da Defensoria em cada uma das instâncias da Justiça Federal, e mais uma vez lembramos que os tribunais superiores integram este ramo da Justiça, que pela sua própria essência é muito centralizada e funciona em órgãos de mais difícil acesso para o assistido.

Ocorre que a racionalização dos atos de assistência jurídica, bem como a necessária eficiência dos atos da administração pública, indica que é desnecessária e pouco útil a atuação dos demais ramos da Defensoria Pública nos Estados perante os tribunais superiores, haja vista que todo o amparo legal para tanto se encontra no sentido de economicidade dos recursos públicos envolvidos na questão. Imagine-se que para contemplação de uma assistência jurídica de qualidade cada um dos ramos da Defensoria Pública instalasse núcleo em Brasília para a representação dos assistidos. É fácil imaginar que o mesmo trabalho, com temas recorrentes inclusive, seria executado por inúmeros defensores distintos, enquanto nas demais unidades federativas há insuficiência de assistência jurídica integral, mesmo com outro órgão da Defensoria legalmente incumbido de exercer tal múnus. Apenas por amor ao debate, seriam, a rigor, nada mais nada menos do que 26 representações da Defensoria Pública nos estados, sem a menor necessidade.

É justamente quando temos um mesmo fenômeno fático que surge a necessidade de uma mesma solução de cunho jurídico. Assim, como surgiu a necessidade de atribuição exclusiva do ramo do Ministério Público da União para atuação exclusiva perante os tribunais superiores<sup>17</sup>, deve ser aplicada a mesma razão para a justificativa da atuação exclusiva da Defensoria Pública da União.<sup>18</sup>

O entendimento esposado no sentido da ausência de exclusividade de atuação da Defensoria Pública da União perante os tribunais superiores viola o princípio da proporcionalidade, ao trazer pretensão inadequada e desnecessária no sentido de elevar os gastos públicos. Além disso, ao agir no sentido do estabelecimento da atuação das defensorias nos estados, violando a Lei Complementar 80/94, tanto em disposições específicas atinentes à Defensoria Pública da União como violando o princípio da unidade, cria-se a insólita sobreposição de Defensoria Pública para atuação que já é feita por ramo da Defensoria em detrimento da falta de cumprimento da missão institucional da

16 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Ed. Forense. 12ª Ed., p.103.

17 Arts. 47, § 1º e 66, § 1º. da Lei Complementar.

18 Após alguma hesitação da jurisprudência do STJ, a questão foi pacificada, e hoje em dia segue firme no sentido preconizado por nós. É ler o HC 41045, 5ª Turma, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 05/12/2005, p. 342.

Defensoria Pública em outras localidades que sequer contam com a Instituição em suas Constituições Estaduais.

Não é por outro motivo que Paulo César Pinheiro Carneiro afirma que na ótica do acesso à Justiça deve ser observado um princípio que denominou de operosidade. Segundo o professor citado, a operosidade seria além de uma atuação ética de todos os atores da fase processual.

“... utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados.”<sup>19</sup>

Ainda que não haja qualquer menção à exclusividade da atuação da Defensoria Pública da União nos tribunais superiores, tal é a única possibilidade razoável na medida em que a unicidade da instituição nos indica ser desnecessária e dispendiosa a manutenção de núcleos de defensorias mantidas e custeadas pelos estados na capital federal. A atuação da Defensoria da União, no exercício das atribuições nacionais e não federais, nas causas que tocam aos tribunais superiores é inerente ao princípio da unidade da instituição. Com o advento da Lei Complementar 132/09 a questão permanece deixou de ser definida de forma expressa pelo legislador. O veto ao parágrafo único do artigo 22 (citar com nota de rodapé) ainda dá margem a interpretação diversa já que o caput apenas estabelece que os membros da Defensoria Pública da União atuariam junto aos tribunais superiores. Fato é que, muito embora entendamos que, de acordo com a fundamentação acima, a questão esteja solucionada, permanece vacilante a jurisprudência acerca do tema e quase não há estudos no sentido de sistematizar a controvérsia.

Já há julgados dos STJ, ainda que anteriores ao advento da Lei Complementar 132/09, que dispuseram no sentido de ser possível às defensorias estaduais o funcionamento na Corte mediante a existência de representação em Brasília. Entendemos que estamos diante de um retrocesso no trato da matéria e, nunca é demais esquecer, que os tribunais superiores guardam caráter nacional e assim integram a estrutura da Justiça Federal. É importante, por sua vez, lermos a ementa de acórdão do STJ:

EMENTA: Processual civil. Embargos de declaração em questão de ordem em agravo de instrumento. Contradição. Omissão. Inexistência. Efeito declaratório.

- A contradição que enseja embargos declaratórios é aquela existente entre as proposições contidas no acórdão embargado.

- Inexiste omissão a ser suprida em acórdão que aprecia fundamentadamente a questão posta a desate.

- Se necessário à compreensão da exata extensão do julgado, devem ser acolhidos os embargos de declaração, sem efeito modificativo, com o intuito de aclarar a decisão embargada.

- A Defensoria Pública da União, que atua perante o STJ, deverá ser intimada, pessoalmente, para acompanhar o processo e julgamento dos recursos interpostos por Defensores Públicos Estaduais, exclusivamente nos de natureza civil, porque a

19 CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Ed. Forense, p. 63.

Questão de Ordem em julgamento se refere a resolução de litígio oriundo de contrato de abertura de crédito.

- Exceção à regra só se verificará na hipótese em que a Defensoria Pública Estadual, mediante lei própria, mantenha representação em Brasília-DF com estrutura adequada para receber intimações das decisões proferidas pelo STJ.

Embargos de declaração acolhidos, sem efeito modificativo.<sup>20</sup>

O julgado trata a matéria como casuística a atuação da DPU nos processos oriundos de qualquer DPE. Se há representação e lei local, o STJ entendeu que há possibilidade de atuação da DPE. Em síntese, a estranheza é ainda maior já que o STJ não aplica, a priori, a lei estadual, que é local, sendo sua missão precípua a uniformização da lei federal, como se depreende do artigo 105, II da Constituição da República.

Para finalizar, não se está aqui a justificar uma postura de monopólio da prestação de assistência jurídica gratuita perante os tribunais superiores e mesmo não se está a buscar uma justificativa para o algo impensável. A atividade da Defensoria Pública da União deve ser efetivada em todos os tribunais federais do país mediante a presença de seus membros tal qual se depreende da interpretação sistemática da própria Lei Complementar 80/94. Ainda que sustente que o veto ao parágrafo único do artigo 22 tenha possibilitado entendimento diverso, fato é que todo o sistema da estruturação da Defensoria Pública, é pautado na simetria à atividade persecutória desenvolvida pelo Ministério Público e não com relação à atividade das procuradorias estaduais e da Advocacia da União no âmbito dos tribunais superiores.

## Referências

- ALVES, Cléber Francisco. justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Editora Lumen Juris.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Editora Lumen Juris. 2ª Ed.
- CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. Editora Sérgio Fabris, p. 40.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. Editora Saraiva. 3ªEd.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Ed. Forense.
- DA SILVA, Holden Macedo. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Fortium Editora.
- DE LIMA, Frederico Rodrigues. Defensoria Pública. Editora JusPodivm.
- FERRAZ, Sérgio. Constituição Estadual e Federação. Editora Lumen Juris
- FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Editora Forense, 1ª Ed.
- CORGOSINHO, Gustavo. Defensoria Pública – princípios institucionais e Regime Jurídico. Editora Dictum. 1ª Ed
- MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. Editora Saraiva. 2ª Ed.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. Editora Saraiva. 3ª Ed.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. EditoraJurídico Atlas. 19ª Ed.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Ed. Forense. 12ª Ed.

20 STJ, Corte Especial, Ministra NANCY ANDRIGHI, EDcl na QO no Ag 378377 / RJ, DJ 19/12/2003 p. 302

## O direito de voto dos presos provisórios e dos adolescentes submetidos a medidas socioeducativas

João Paulo de Campos Dorini\*

Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro\*\*

### 1. Introdução

Antes da criação da atual República do Brasil, viu-se negar o direito de voto a pobres, analfabetos, jovens, idosos, negros, indígenas, mulheres. Mas mesmo no novo capítulo da história brasileira, começado com a Constituição de 1988, nunca se deu cumprimento integral à noção de sufrágio universal (art. 14). Em diversos Estados do País, os presos provisórios, isto é, sem condenação criminal transitada em julgado, e os adolescentes submetidos a medidas socioeducativas nunca puderam votar.

O problema não é, certamente, de natureza jurídica. A Constituição da República elenca expressamente as hipóteses de perda dos direitos políticos: é o caso de quem está preso em razão de sentença criminal condenatória definitiva. Assim, contra quem não transitou em julgado sentença condenatória, quem se encontre custodiado apenas a título cautelar e provisório e quem sofre algum tipo de sanção sem natureza de pena está no pleno gozo de seus direitos políticos. No entanto, essa regra é flagrantemente ignorada sem qualquer justificativa plausível, como se sua desobediência pudesse ser uma atitude resguardável por qualquer “questão de princípio”.

A situação é tão grave que, em 24 de junho de 2005, foi apresentado o Requerimento nº 72 na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, para demandar a realização de “audiência pública para se discutir o direito de voto do preso e o descumprimento da Constituição Federal em relação ao direito de voto do preso provisório”. O pedido foi aprovado na semana seguinte, mas infelizmente isso não alterou a situação fática. Muitos Estados, como São Paulo, permaneceram a desrespeitar a Carta Magna, negando um direito político fundamental a uma parcela significativa do povo – que constitui quase metade da população carcerária, se considerarmos exclusivamente os presos provisórios.

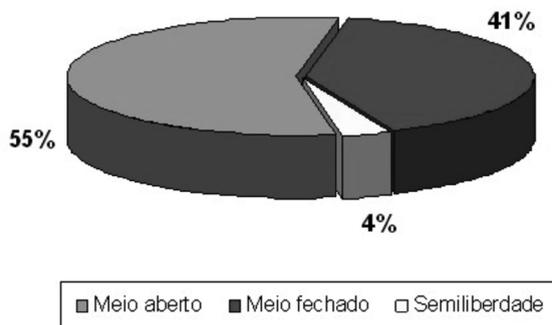
Segundo os mais recentes dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, do Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, em junho de 2008 existiam mais de 130 mil presos provisórios no Brasil. Para se ter ideia da dimensão desse valor, basta anotar que o número só era um pouco menor que o de presos em regime fechado, estimado em 164 mil, mas visivelmente maior que o de presos no semi-aberto (60 mil), no aberto (21 mil), sob medida de segurança/internação (3 mil) e sob medida de segurança/tratamento ambulatorial (500).

\* Defensor Público Federal de Primeira Categoria  
Titular do 1º Ofício Regional Cível da DPU/SP  
Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP

\*\* Advogada em São Paulo

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) referentes aos anos 2005-2006, o total de adolescentes entre 12 e 18 anos cumprindo algum tipo de medida socioeducativa no Brasil era de 34.870, em números absolutos. Desse montante, 55% se encontravam em meio aberto, 4% em semi-liberdade e 41% em meio fechado – este último grupo equivalente a 14.192 jovens (quadro 1).

**Quadro 1: Adolescentes em conflito com a lei, segundo o tipo de regime - 2006**

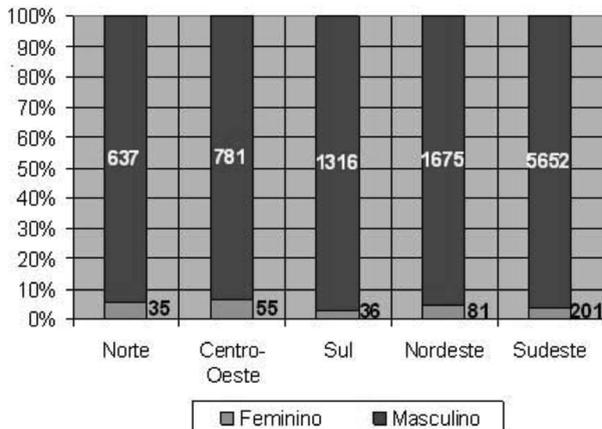


Fonte: Levantamento Nacional do Atendimento Sócio Educativo realizado pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, da Presidência da República (SPDCA / SEDH / PR) – 2006 - Organização: Marcelo Iha (1)

Dados de 2006 provenientes da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República apontam que a maior parte desses adolescentes (inclusive os de sexo feminino) estão internados na região Sudeste (quadro 2).

**Quadro 2: Adolescentes cumprindo medida de internação segundo sexo e região<sup>1</sup>**

1 Fonte: SPDCA / SEDH / PR - 2006 - Organização: Marcelo Iha; acessível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/Conteudold/c77923d1-8adc-4a32-b460-60492c5cdf6a/Default.aspx>



Além disso, ainda de acordo com pesquisa realizada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, relativa aos anos 2004-2006, 926 jovens de São Paulo formam população em *internação provisória*, número que tem crescido 35% a cada dois anos. Apesar de terem direito ao voto, nenhum desses mais de 15.000 jovens o tem exercido em função da falta de interesse político do Estado, situação que contraria normas cogentes do ordenamento jurídico pátrio.

Em 19 de junho de 2008 foi realizada uma Audiência Pública organizada pela Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo, da qual participaram a Procuradoria Regional da República da 3ª Região, Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Núcleo de Situação Carcerária), Promotoria de São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e Associação Juízes para a Democracia (AJD), que comentaram os desafios da questão e a necessidade e possibilidade de superá-los todos.

A Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo já representou, nesse sentido, ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, mas em nenhuma das vezes obteve êxito. No último episódio, ocorrido na Sessão Administrativa de 16 de junho de 2009, o tribunal entendeu, por maioria (com apenas um voto dissidente), que o voto de presos provisórios é um direito fundamental “inexequível”, de impossível implementação.

Em 28 de agosto de 2009 foi ajuizada ação civil pública pela Defensoria Pública da União sobre o tema, no qual o juízo da 1ª Zona Eleitoral de São Paulo entendeu pela incompetência absoluta daquele órgão julgador. Apresentada apelação, aguarda-se seu julgamento.

## 1. O voto como direito-dever político na ordem jurídica brasileira

Robert ALEXY propõe que normas sejam expressões deônticas prescritivas de três tipos de relações, quais sejam, ordenatórias, permissivas e proibitivas<sup>2</sup>. Elas se corporificariam em regras e princípios, distinguíveis pelo grau de abstração, mas fundamentalmente pela diferença de qualidade entre eles.

2 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53 e ss.

As regras, mais concretas, em caso de colisão entre si seriam contraditórias, de maneira que uma delas teria que sair do ordenamento jurídico para a preservação da coerência dele. Já os princípios, mais abstratos, como comandos de otimização se mostrariam sopesáveis em caso de conflitos, o que não invalidaria necessariamente nenhum deles<sup>3</sup>.

No caso, estamos diante de duas espécies de normas: permissivas aos cidadãos e ordenatórias ao Estado, constantes tanto de regras quanto de princípios. Vejamos como elas se apresentam no ordenamento pátrio.

### 1.1 Dos princípios constitucionais envolvidos

Fundamento é aquilo que serve de base para erigir alguma coisa, elemento indispensável sem o qual não se poderia construir nada. Também o Estado Brasileiro tem seus fundamentos, sendo certo que ao menos cinco deles constam expressamente da Constituição de 1988, como partes de um amplo pacto nacional. Ele estabelecem as razões da existência do próprio Estado, firmando, ainda, em um conciso plexo, os objetivos que uniriam todos(as) os(as) brasileiros(as).

A cidadania e a dignidade da pessoa humana são dois desses cinco fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos II e III, CF), enquanto a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação injustificada, constitui um de seus objetivos (art. 3º, IV, CF). Quando o Estado desrespeita qualquer dessas normas, ele atenta contra sua própria legitimidade e contra a razão que justifica a sua existência.

Afinal, o Estado utiliza um poder que, na verdade, não é dele, posto que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, CF), e somente para servir ao povo, para o bem do povo. Eis o denominado princípio da soberania, outro fundamento do Brasil (art. 1º, I, CF).

Juridicamente, resta garantido que todas as pessoas não condenadas por sentença com trânsito em julgado no âmbito penal têm o direito fundamental de votar. Se cabe ao Estado garantir os meios para que isso ocorra (porque não pode haver uma obrigação de fim sem que esteja previsto implicitamente uma obrigação de meio) e ele não cumpre com o seu dever, restam feridos os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana. E mais: se o Estado não o cumpre em razão da situação de tais pessoas serem presidiários(as) ou adolescentes em conflito com a lei, fica patente a discriminação que macula sua omissão.

A conduta discriminatória que motiva a omissão da prática de um dever enseja a configuração de patente imoralidade administrativa. Ademais, ao inviabilizar o voto desses cidadãos, o Estado descumpra lei federal (como se verá no próximo item), violando, assim, o princípio da legalidade concebido no *caput* do artigo 37 da CF:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos *princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*” (grifo nosso).

3 Para uma discussão que aprofunda um pouco mais essas diferenças: AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, n. 165, p. 123-34, jan./mar. 2005.

## 1.2 Dos direitos políticos

A Constituição Federal de 1988 estabelece, de um lado, que a soberania popular se exerce mediante o sufrágio universal, realizado de forma direta e secreta, configurando direito de participação na *res publica* impassível de supressão ou modificação, ainda que por via de emenda constitucional, por cuidar de cláusula pétrea (art. 60, §4º, II, CF). De outra parte, a Carta Magna prevê que tanto o alistamento eleitoral quanto o voto são facultativos para os maiores de 16 e menores de 18 anos, e obrigatórios para os maiores de 18 anos (art. 14, *caput* e §1º, I, II, 'c', CF).

Em relação aos presos, somente têm suspensos os seus direitos políticos em caso de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (art. 15, III, CF). Antes da decisão definitiva ninguém pode ser tido por culpado – eis o que exige o inciso LVII do art. 5º:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A presunção da inocência, cláusula pétrea do ordenamento, ilide tentativas de equiparar a situação política do preso condenado definitivamente com a daquele que se encontra em circunstância precária, temporária, ainda passível de ampla apreciação judicial. Só no primeiro caso o direito ao voto se suspende, exceção à regra geral que contempla todos os cidadãos, garantindo-lhes o direito de participar do sufrágio.

Se a exceção só faz confirmar a regra, queda evidente, portanto, que restam incólumes as prerrogativas de todas as pessoas presas a título meramente cautelar e, portanto, provisório. Vale dizer, as autuadas em flagrante delito, presas preventivamente, temporariamente, condenadas por sentença recorrível e que aguardam julgamento do tribunal do júri.

Quanto aos menores, como se sabe, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera adolescente o maior de 12 e menor de 18 anos (art. 2º, L. 8.069/90). O adolescente condenado ao cumprimento de medida socioeducativa pode permanecer custodiado por até 3 anos, ou até completar a idade de 21 anos, quando sua liberação será compulsória (art. 121, §5º, ECA). Dessa forma, as unidades de internação podem abrigar adolescentes que se encontram tanto em fase de votar facultativamente, ou seja, entre 16 e 18 anos, quanto obrigatoriamente, vale dizer, de 18 a 21 anos.

Todos eles têm direito de votar, já que a internação e a medida socioeducativa não possuem natureza de pena, jamais podendo ser confundidas com uma condenação *criminal* transitada em julgado – que é a hipótese constitucional de perda ou suspensão de direitos políticos (art. 15, III, CF). Além de o Código Penal e a justiça criminal não serem diretamente aplicáveis à criança e ao adolescente em conflito com a lei, há de se considerar que a restrição de direitos políticos, como de quaisquer outros direitos fundamentais, devem ser sempre interpretados restritivamente.

Fala-se em “ato infracional” justamente porque a ilegalidade cometida pelo jovem não cuida de crime ou contravenção penal. Assim se explica a dicção do art. 103 do ECA,

que define aquela expressão estabelecendo uma relação de *alusão* ao âmbito penal – não de *identidade*. O ato infracional não é sinônimo de crime ou de contravenção penal, para fins de seu processamento e efeitos gerais, mas o seu teor (o fato típico) os espelha:

“Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Não é por outra razão que para a aplicação de sanção se considera ato infracional como a conduta descrita tal qual crime, mas que de crime não se trata. A comparação é circunstancial, restringindo-se à sua função para a tipificação da conduta, de modo que seus efeitos não podem ser expandidos para outras finalidades. Em sendo assim, a condenação à qualquer medida socioeducativa, inclusive a de internação, que não é pena, não pode ter os mesmos efeitos que uma condenação criminal – dentre os quais a perda dos direitos políticos. Por conseguinte, os direitos políticos dos jovens restaram inteiramente resguardados pela Constituição Federal, bem como pela legislação infraconstitucional.

Com efeito, não se exige que a regulação de uma determinada circunstância seja descrita à exaustão, com a grande diversidade de delineamentos que ela pode experimentar na prática. O comando da norma geral abrange tudo quanto não seja ressalvado por outra norma que o excetue. Em matéria de direitos humanos, isso deve ser interpretado de forma rígida, valendo-se de leituras que restrinjam o conteúdo das exceções às prerrogativas inerentemente humanas. Diante disso, evidente que os custodiados que não perderam seus direitos políticos têm direito de votar.

Sendo fundamental, esse direito é de *aplicação imediata*, conforme o parágrafo 1º do art. 5º, da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Entender diferentemente representa a desconsideração à integridade moral do sujeito pelo fato de ele estar sendo investigado ou processado. Mas essa justificativa não é suficiente e rompe o dever do Estado de fazer ver “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, inciso XLIX, CF).

Subsistindo um direito constitucional que depende de alguma atuação estatal, cumpre que o Estado o proveja. Outrossim, restando um dever constitucional ao cidadão cujo cumprimento se encontre condicionado por qualquer medida estatal, imperativo que a autoridade representante do Estado, *in casu*, tome providências para a sua efetiva concreção – a bem do interesse público.

Não bastasse a clarividência do ora aduzido, é de se consignar que lei federal determina expressamente a adoção das medidas cabíveis por parte de órgãos e entidades públicas a fim de garantir o direito-dever de presos provisórios ao voto. Não é senão o próprio Código Eleitoral que assegura que:

“Art. 136. Deverão ser instaladas seções nas vilas e povoados, assim como nos estabelecimentos de internação coletiva, inclusive para cegos e nos leprosários onde haja, pelo menos, 50 (cinquenta) eleitores”.

Ante a expressão utilizada pelo legislador ordinário, “deverão”, não há qualquer

dúvida quanto a obrigação estatal em promover, de forma adequada, a possibilidade de os custodiados votarem. Não é que poderão, simplesmente, ser instaladas as aludidas seções eleitorais, caso o administrador assim entenda. Não há qualquer discricionariedade nessa situação. Há uma efetiva obrigação de instalá-las. Nenhuma dúvida pode pairar quanto ao sentido da referida norma, que instituiu inequívoco dever.

## 2. Dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a matéria

Há mais de 40 anos, subsistem normas internacionais que asseguram o direito de voto às pessoas sem condenação transitada em julgado no Sistema Global e no Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos. Caberia a todo ser humano a possibilidade de, em querendo, exercer o direito político de participação direta ou indireta na história política do seu Estado, permitindo-lhe, inclusive, votar e/ou ser votado. As únicas menções que ressalvam esse direito cuidam de casos de condenação penal definitiva, uma situação excepcional, tida como minimamente *fundada*.

Em seu artigo XXI, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já previa que “toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”. Nessa mesma diretriz, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, estabelece:

“Art. 25 - Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no art. 2º e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”.

Porém, resguardando a população brasileira, não incidem somente as normas internacionais de escopo mundial. O Estado brasileiro está inserido, outrossim, no âmbito do microsistema interamericano de direitos humanos, no bojo do qual vige a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, que prescreve, *verbis*:

“Art. 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental ou condenação, por juiz competente, em processo penal” (grifo nosso).

Diante disso, resta evidente que à medida que o Estado, seja por intermédio da União, responsável por estruturar e possibilitar a realização das eleições, seja por intermédio dos Estados-membros, responsáveis pela grande maioria dos estabelecimentos prisionais e de internação de adolescentes, se nega a efetivar o direito de voto de presos provisórios, viola um notório direito político integrante do tecido maior dos direitos humanos. Constitui obrigação do Estado respeitar os direitos e liberdades previstos na recém-transcrita Convenção, *garantindo “seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma”* (art. 1º, 1, Pacto de San José da Costa Rica, grifamos). Note-se que o *“Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil”*, de fevereiro de 2007, realizado com o apoio do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e do Programa para a América Latina da International Women’s Health Coalition identifica a omissão do Estado brasileiro nessa matéria como uma das mais graves violações à cidadania verificadas<sup>4</sup>.

Essa omissão não condiz, porquanto conflita, com o dever que os subscritores do Pacto de San José, como o Brasil, impõem-se: o de efetivarem os direitos previstos naquele documento, entre os quais se encontra o direito de voto dos presos provisórios. Confira-se:

Art. 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

### 3. Da implausibilidade dos argumentos contrários à efetivação do direito de voto dos presos provisórios

Em diversas oportunidades que o Judiciário teve para apreciar as questões aqui colocadas, alguns argumentos foram utilizados como *ratio decidendi*. Podemos elencá-los: (i) como o prazo para inscrição ou pedido de transferência eleitoral se encerra no 151º dia anterior ao pleito (art. 91, Lei 9.504/97), o que corresponde aproximadamente ao

4 Relatório sobre as mulheres encarceradas no Brasil (fev/2007), p. 54-61. Realização: Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL), Associação Juizes para a Democracia (AJD), Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITCC), Pastoral Carcerária Nacional/CNBB, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Centro Dandara de Promotoras Legais Populares, Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude, ASBRAD, Comissão Teotônio Vilela (CTV) e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Acessível em: <http://www.cladem.org/portugues/nacionais/brasil/Relatorio%20sobre%20mulheres%20encarceladas%20-%20Brasil.pdf>

mês de maio do ano eleitoral, quem fizer qualquer desses requerimentos e for solto deverá se encaminhar ao estabelecimento prisional para votar, o que geraria constrangimento; (ii) se os partidos não nomearem fiscais, a votação poderia ocorrer sem eles; (iii) reserva do possível; (iv) falta de interesse do preso em votar; (v) “voto consciente”; (vi) perigo à sociedade: tese da “colisão de direitos”, e (vii) paralelo entre a situação de presos e de pessoas hospitalizadas. Faz-se mister analisá-los *pari passu*.

### 3.1 Dificuldades com inscrição e transferência eleitoral

Segundo a Resolução 21.804, de 8 de junho de 2004, do Tribunal Superior Eleitoral, a “possibilidade de presos provisórios virem a votar depende da instalação de seções especiais, bem como de os interessados terem efetuado pedido de transferência eleitoral”. Isso indicaria não ser possível a dispensa da transferência eleitoral para a seção especial no presídio.

Haveria dificuldades na implementação da mencionada exigência, à medida que a alteração da situação fática de cada pessoa presa poderia ocorrer em descompasso com o quadro eleitoral. Nessa hipótese, vislumbram-se duas soluções possíveis: (a) se a pessoa solta tiver transferido seu título para a seção do presídio ela poderá voltar ao presídio para votar, caso não se sinta constrangida; ou (b) se no momento da votação a inscrição eleitoral não estiver no local em que a pessoa se encontre, ela está obstada de votar por força maior.

Não há dúvida de que nenhuma dessas soluções se mostra perfeita. Contudo, elas são as formas pragmáticas de procurar otimizar a implementação dos ditames constitucionais. O contrário disso seria inconcebível.

De fato, há de frisar-se que se o retorno ao estabelecimento prisional gera ou não constrangimento ao cidadão posteriormente solto cabe a cada um verificar em seu íntimo, não cabendo ao Estado tal manifestação *a priori*. Demais disso, cumpre considerar que as demais pessoas que não se enquadrem nessa hipótese não podem ser por ela prejudicadas: a elas se deve garantir a possibilidade de voto.

Prevê o TRE-RS, dentre outros Tribunais Regionais Eleitorais, que a pessoa que se inscreve ou transfere seu título à zona especial do presídio e é solta perde a chance de votar naquela eleição. Isso significa que a pessoa deve fazer uma escolha que contém um risco: ela pode permanecer na zona eleitoral em que costuma votar, se achar que será libertada antes das eleições; ou, se achar que no momento de votar ainda estará presa, pode pedir a inscrição ou transferência ao presídio. Caso ela se equivoque em qualquer dessas situações, não poderá votar.

O ponto nodal é: por mais restrições e riscos que haja nesse sistema de alguns Estados-Membros, o fato é que ele ao menos garante a chance de muitos presos provisórios votarem. Já a ausência de qualquer programa semelhante tem um resultado certo, e muito diferente – na verdade, um resultado perfeitamente exato: 130 mil cidadãos brasileiros completamente alijados do processo político. Em suma, o Estado deve optar

pela adoção de alguma solução, e, ainda que as soluções adotadas por outros Estados-membros estejam longe do ideal, são muito mais eficazes do que solução alguma, como acontece hoje em toda a jurisdição do TRE-SP.

Uma solução bastante plausível é a instituição do voto em trânsito. Plausível porque o TSE já faz testes para a adoção da identificação biométrica do eleitor, o que permite que ele compareça a qualquer seção eleitoral para votar. Na próxima eleição de 2010, algumas zonas eleitorais já adotarão obrigatoriamente o sistema de identificação biométrica, como noticia o próprio TSE<sup>5</sup>.

### 3.2 Fiscalização das eleições

A fiscalização do bom andamento eleitoral é *munus* público dos partidos políticos que não pode servir para prejudicar o direito de voto de ninguém. Se porventura eles não o exercerem, a responsabilidade é deles, de modo que o fato não tem o condão de valer como pretexto (ilegal) para a restrição do direito de nenhum cidadão, posto que essa concepção não possui respaldo algum em lei.

Aliás, se tal argumento fosse minimamente razoável, bastaria a um partido político que quisesse inviabilizar uma eleição deixar de fiscalizá-la. Obviamente, cabe aos partidos estruturarem-se adequadamente para cumprir com seu mister.

### 3.3 Reserva do possível

O argumento da reserva do possível provém do direito alemão, onde surgiu como uma tese apresentada quando, em determinada situação, dados objetivos indicavam ser impossível o cumprimento de determinada obrigação estatal. Trata-se de argumento que se vinculava à razoabilidade aferível em um caso concreto, a partir de informações igualmente concretas.

No Brasil, ele tem sido utilizado, às vezes de modo inconsequente, para afastar obrigações públicas que pareçam, segundo o entendimento do julgador, dispendiosas – sem qualquer apreciação sobre a efetiva realidade de cada caso. Em outras palavras, mesmo sem ter como base elementos concretos, dados de pesquisas ou fontes objetivas, por vezes se tem observado a rejeição sumária da consecução de direitos fundamentais, assim proclamados pela Constituição Federal, com fulcro nesta tese.

Mas isso não é admissível. Se o direito fundamental já se encontra insculpido na Carta Magna, ele já existe, deve ser respeitado e cumprido *sponte propria*, não há que se discuti-lo. Portanto, caso o Estado porventura não possua condições de garanti-lo, não será o cidadão que estará incumbido de provar o contrário: é o ente público quem detém o ônus de comprovar a situação que vem excepcionar a norma. Afinal, se a aplicação das normas se tornar uma exceção, o que será da segurança jurídica?

Se a norma não tiver natureza cogente por si só, quantas injustiças, quantas irregularidades! A clássica definição de Kant cairá por terra e a norma jurídica não será

5 Acessível em: <http://www.tse.gov.br/internet/institucional/recadastramento/index.html>.

mais diferente de uma regra religiosa ou moral não-positivada, à medida que perderá sua heteronomia. Por tudo isso é evidente que a mera afirmação de impossibilidade ou dificuldade de observância de uma norma não é suficiente para ilidir um direito.

Na presente situação, não parece haver qualquer demonstração plausível da exceção da reserva do possível. Por exemplo, que tipo de tese financeira teria o condão de explicar como é possível que Estados-Membros significativamente mais pobres que São Paulo, em termos de Produto Interno Bruto – PIB, tenham recursos para um avançado programa de sufrágio, enquanto este Estado-membro diz não os ter?

Considerem-se alguns dados ilustrativos. Sergipe dispõe de um PIB *per capita* da ordem de R\$ 7.560 e de um PIB relativo a preços concorrentes de pouco mais de R\$ 15 bilhões; Pernambuco, de R\$ 6.528 e R\$ 55 bilhões; e Rio Grande do Sul de R\$ 14.310 e R\$ 156 bilhões, respectivamente. A sua vez, São Paulo constitui o Estado que possui o maior PIB do Brasil, avaliado em R\$ 19.548 *per capita* e em R\$ 802 bilhões a preços concorrentes. Sozinho, tem um PIB geral maior que o de todas as outras regiões (excetuada à que pertence, obviamente), representando cerca de 34% do PIB nacional.

Diante disso, como conceber que São Paulo, o Estado-membro mais rico, não goze de recursos suficientes para a iniciativa, verdadeira obrigação constitucional que deveria ser cumprida desde a construção das unidades prisionais para abrigar presos cautelares.

### 3.4 Falta de interesse do custodiado em votar

O Estado não pode deixar de promover eleições, arguindo crer que o povo brasileiro não tem interesse em votar, já que o País tem inúmeros problemas e essa questão sufrágial talvez pareça às pessoas a menos importante de todas. Sem embargos, essa postura contraria a ordem constitucional e legal e fere de morte o princípio democrático, alicerce da República Federativa do Brasil (art. 1º, *caput*, da CF). Ela se mostra antidemocrática e inversa aos parâmetros que deveriam nortear a atuação estatal, no sentido de procurar conscientizar a população acerca da importância do voto, estimulando-o, medida consentânea com o princípio da cidadania (art. 1º, II da CF), que exige a disponibilização de todos os meios possíveis para que o povo exerça seu poder soberano, o que inclui a indispensável conscientização política.

Porém, além disso, a tese é falsa. Dados dos Tribunais Regionais Eleitorais que já possuem projetos pilotos indicam que cerca de 50% dos(as) presos(as) provisórios(as) em condições de votar decidem fazê-lo. O número se aproxima do de alguns países em que o voto é facultativo, como os Estados Unidos, que conta com uma média de 55,3% de participação da população em geral, e Grã-Bretanha, com 61,4%.

Conforme informações do TRE-RS, nas eleições de 2006 houve 50,06% de participação dos presos do projeto, e nas de 2008, 50,49%. De acordo com informações constantes do citado “Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil”, no referendo de 2005, cerca de 41,3% das pessoas presas do projeto experimental do Acre votaram. Do Amazonas e de Pernambuco não constam dados percentuais, mas há números absolu-

tos indicando que, em 2004, aproximadamente 216 e 542 presos(as) votaram, respectivamente – montante notável.

Em um caso que ficou conhecido no Canadá, envolvendo o preso definitivo Aaron Spence, perguntaram-lhe:

“Q: O fato de você estar privado do direito de votar não o incomoda?”

R: Sim, me incomoda.

Q: A resposta à minha questão, então, Sr. Spence, a menos que eu não tenha compreendido sua resposta, é que você está, de fato, privado de algo que você considera valioso?

R: Definitivamente.

Q: Como o direito de votar?

R: É verdade.”<sup>6</sup>

Essas informações atestam que, para muitas pessoas provisoriamente presas, o voto é, sim, um direito que lhes parece precioso, estando muitas vezes atrelado à sua concepção de dignidade e de cidadania. O Estado não tem o poder de negar-lhes tal direito fundamental.

### 3.5 “Voto consciente”

A Constituição Federal não vincula o direito ao voto a um juízo de valor acerca da qualidade dessa manifestação política. Até porque seria um contrassenso que o voto fosse, a um só tempo, secreto e publicamente avaliável. Isso significa que a prerrogativa política não decorre de nenhuma circunstância especial do sujeito (como “ser consciente”, “ser inteligente”, ou mesmo “ser ético”), bastando que ele(a) seja um/a cidadã(o) no gozo de seus direitos políticos. Ora, se os presos provisórios continuam a ser cidadãos com esses direitos nada pode obstar que votem.

Além disso, cumpriria indagar o que significa ser “consciente”, *in casu*. Seria conhecer as propostas de cada candidato? Na prática, parece que bem poucos eleitores livres e desimpedidos as conhecem, e nem por isso eles são impedidos de votar. Ou será que seria assistir à propaganda eleitoral obrigatória na televisão? Talvez não sejam muitos os eleitores livres que se disponham a assisti-la, mas eles também votam. Quiçá, “ser consciente” signifique participar de debates eleitorais, ou assisti-los. Mas quantas pessoas livres usam seu tempo para isso?

Bem, quem poderá dizer se o povo vota acertadamente? De fato, quem poderá julgá-lo? Parece-nos que ninguém pode. Ora, os presos provisórios também são o que se chama abstratamente de povo, e não devem ser tratados de forma discriminatória em

6 “Q. The fact that you are deprived of the right to vote doesn't bother you?”

A. It does, it does bother me.

Q. The answer to my question, then, Mr. Spence, unless I misunderstood your answer, is that you are, in fact, deprived of certain things that you think are valuable?

A. Definitely.

Q. Like the right to vote?

A. That is true.”

Conferir em: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

relação a este. Ninguém pode julgar se eles votam “bem” ou não.

De qualquer maneira, nada obsta que sejam tomadas ações no sentido de ampliar ao máximo a possibilidade de conhecimento desses presos a respeito das discussões e campanhas políticas em andamento. Isso pode ser feito, por exemplo, disponibilizando televisores em presídios (onde já não existirem) em horário de propaganda eleitoral. Ou permitindo a distribuição de panfletos. São inúmeras as alternativas.

O que não é possível é que sob o argumento do “voto consciente” lhes seja negado o direito fundamental de votar. Antes, isso faz parte da solução a ser adotada, cabendo ao Estado fornecer os meios adequados para que os custodiados, assim como toda a população, tenham acesso às propostas de todos os candidatos

### **3.6 Perigo à sociedade: tese da “colisão de direitos”**

Ao assumir que a garantia do direito de voto aos presos provisórios representa um perigo à sociedade incide-se ou em problema de natureza lógica ou em preconceitos que não têm lugar no Estado de Direito.

Caso se entenda que o preso provisório é um “bandido” que, pelo voto, poderá colocar em perigo toda a sociedade com suas escolhas políticas, viola-se o princípio constitucional da presunção da inocência. Pressupõe-se que todas as pessoas detidas são culpadas pelo que estão sendo acusadas e geram perigo social. Contudo, tal premissa fere a garantia pética do art. 5º, inciso LVII, da CF.

Sim, porque caso se respeitasse o mencionado princípio, não haveria lógica alguma na pretendida associação entre perigo e voto. Não há como o exercício desse direito colocar em risco a sociedade, quando o voto é, ao revés, bem um dos modos de manter sadio esse organismo.

Além disso, só se pode falar em colisão de direitos quando estejam envolvidas duas normas positivadas. *In casu*, só existe uma, que não se vê contraditada por nenhuma outra, e sequer por princípios, e que prevê que o Estado providenciará que presos(as) provisórios(as) votem (art. 15 da Constituição da República e art. 136 do Código Eleitoral). Se não há lei que sustente o exato oposto, então não há conflito.

Note-se bem: já que o art. 136 do Código Eleitoral é uma regra (e não um princípio), se ele fosse contraditado por outra regra uma delas haveria de ser declarada inconstitucional, porque não pode haver a determinação A e a não-A em um mesmo ordenamento jurídico coerente, ao mesmo tempo. Com princípios seria diferente. Mas nesse caso, a regra não tem oposição alguma, sendo um imperativo decorrente dos princípios já comentados, como o da soberania, cidadania, democracia e dignidade humana.

Não havendo colisão de regras, tem plena vigência a única regra efetivamente existente, que é a do art. 136 do Código Eleitoral.

### **3.7 Paralelo com a situação da pessoa hospitalizada**

Algumas pessoas creem que a situação do preso é idêntica à situação das pes-

soas hospitalizadas, que não têm direito a uma zona eleitoral especial à sua disposição. Isso justificaria que os presos provisórios também não tivessem. Não podemos concordar com essa comparação, pois os termos de cada situação não são minimamente equiparáveis.

E o motivo central é simples: a situação da pessoa hospitalizada não decorre, necessariamente, da atuação ou omissão do Estado. Diversamente, o preso provisório só se encontra nessa circunstância, aguardando um julgamento a ser promovido pelo Estado, por ter sido detido por esse mesmo Estado. É por isso que a lei lhe gera um ônus.

Além disso, sabe-se que as pessoas que permanecem hospitalizadas são, em geral, aquelas que apresentam as maiores dificuldades no uso de sua razão, ainda que somente por um tempo determinado: estão em coma, em momento pré ou pós-cirurgia, sedadas, enfim, e em outras situações assemelhadas. As demais pessoas recebem alta e podem ir para casa, ainda que tenham um pé quebrado, ou dores. Na maioria das vezes, ocorre-lhes acidentes que figuram eventos de força maior.

As pessoas presas provisoriamente e os adolescentes internados estão em pleno uso de sua razão e, em geral, em pleno gozo de sua saúde. Não estão com problemas que as inviabilizariam de votar. Se não o fazem é, antes de mais nada, porque não há infra-estrutura para tanto. Aguardam um julgamento ou investigação, cuja mora é de exclusiva responsabilidade estatal. Estão detidas e o que quer que lhes ocorra é de responsabilidade estatal objetiva.

Contudo, há algo definitivo que deve ser acrescentado: a existência de uma lei que explicitamente determina que o Estado garanta zonas eleitorais em presídios com mais de 50 presos.

#### **4. Experiências nacionais e internacionais**

Se há algo que não pode ser dito em matéria de sufrágio de presos provisórios é que não há meios técnicos e operacionais para viabilizá-lo. Com efeito, não é razoável que um Estado-Membro sustente haver óbices insuperáveis a impedir a efetivação desse direito quando vários outros – que dispõem de recursos expressivamente menores – os têm superado há ao menos sete anos com êxito. Pernambuco, Rio Grande do Sul, Amapá, Ceará, Piauí, Sergipe, Espírito Santo, Rio Grande do Norte, Amazonas, Acre – todos esses Estados brasileiros têm providenciado, de diversos modos, o voto dos presos. O TRE de São Paulo, porém, tem afirmado que qualquer medida nesse sentido é impossível, por tratar de direitos fundamentais “inexequíveis”.

É verdade que nenhum dos Estados que iniciaram a implementação dessa medida fizeram-na de forma plena. São sempre projetos experimentais que alcançam apenas parcela da população carcerária provisória e em condições restritas. Mas isso é um começo, um começo extremamente valioso e indispensável, sem o qual talvez não se possa cogitar ver um dia o que deveria ser realidade há vinte e um anos: a aplicação imediata dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, nos termos do art. 5º, § 1º.

Ocorre que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo tem reiteradamente se negado a tentar obedecer à Constituição, não ousando sequer dar cabo a projetos pioneiros. Nessa diretriz, cumpre lembrar a Representação originada do Protocolado PRE/SP nº 955/2007, da Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo, que não requeria providências para que os(as) 200 mil presos(as) provisórios(as) do Estado passassem a votar da noite para o dia, mas para a parcela que se considerasse possível no âmbito de um projeto piloto. À proposta a maioria dos Juízes firmou uma negativa peremptória, não fundamentada em nenhum dado concreto e objetivo, aduzindo genericamente haver empecilhos demais a essa medida. Outros reconheceram não saber como uma providência daquele jaez se concretizaria.

Por tudo isso, mostra-se fundamental observar experiências nacionais e internacionais de sucesso. Não, certamente, para que se as tome tais e quais, como um modelo a ser obedecido, mas para indicar que há soluções possíveis, ainda que cada caso concreto exija uma solução diferente, não-padronizada, para o cumprimento do dever constitucional de assecuração do direito de voto a todos os que estejam em pleno gozo de seus direitos políticos.

#### 4.1 A experiência no Rio Grande do Sul

Desde 2002, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul promove o sufrágio de presos provisórios. Depois de sete anos de experiência, a prática se assentou nos termos a seguir esboçados.

O art. 4º da Resolução 170, de 25 de março de 2008, com texto praticamente idêntico aos das normas dos anos anteriores (como, por exemplo, a Resolução 156, de 21 de março de 2006), estabelece as seguintes condições para o voto em estabelecimento prisional:

- (a) que o requerimento do alistamento eleitoral ou da transferência para o respectivo presídio deve se efetuar até a data então designada de maio do ano eleitoral;
- (b) que o(a) preso(a) que fizer qualquer desses requerimentos e posteriormente for libertado(a) não poderá votar;
- (c) que quem permanecer preso até o dia da votação e não tiver feito qualquer daqueles requerimentos também não poderá votar; e
- (d) que quem for definitivamente preso até a data da eleição também não poderá votar.

O TRE-RS condiciona a instalação de seção eleitoral especial nos presídios à existência de, ao menos, cinquenta eleitores aptos, consoante o previsto no art. 136 do Código Eleitoral. Além disso, prevê a capacitação de servidores lotados nos órgãos da Superintendência de Serviços Penitenciários (SUSEPE) e do Ministério Público Estadual para atuarem como mesários (arts. 2º e 6º, da Resolução 170/08). Por fim, atribui à direção do estabelecimento prisional a competência para “definir a forma de acesso dos custodiados à propaganda eleitoral no rádio e televisão” (art. 7º).

Frise-se que o maior presídio do Brasil está sediado justamente em Porto Alegre,

sendo um dos estabelecimentos em que os presos provisórios já votam.

## 4.2 A experiência do Canadá

Preocupado com o direito de voto de cidadãos canadenses com dificuldades de comparecerem fisicamente aos locais de votação no país, bem como no exterior, o Canadá desenvolveu um sistema virtual seguro de votação por *e-mail*. Trata-se de um método utilizado por pessoas que não se encontram presas, mas que talvez também pudesse servir especificamente nessas circunstâncias. No Canadá, desde o *Canada Elections Act* de 1993 (Bill C-114) resta assegurada a possibilidade de voto por meio virtual.

Porém, não é essa a principal experiência canadense. Cabe ressaltar que, naquele país, mesmo pessoas condenadas definitivamente podem ter o direito de votar, a não ser que o oposto seja expressamente declarado na sentença condenatória. Essa foi a interpretação que a Suprema Corte do Canadá assumiu no caso *Sauvé v. Canadá (Chief Electoral Officer)*, que alterou, por inconstitucional, a interpretação feita do art. 51 (e) do *Canada Electoral Act* (lei eleitoral canadense), que proibia genericamente o direito de votar a todos os condenados a dois anos ou mais, para entender que ela só se aplicaria quando esse direito fosse expressamente suspenso na sentença condenatória, considerando cada caso concreto.

Na oportunidade, frisou-se que essa preocupação decorria de valores democráticos indispensáveis ao Estado de Direito. Nas palavras dos Ministros McLachlin C.J., Iacobucci, Binnie, Arbour e LeBel J.J.:

“A legitimidade da lei e a obrigação de obedecer à lei defluem diretamente do direito de cada cidadão votar. Rejeitar aos presos o direito de votar é perder um importante meio de ensiná-los valores democráticos e responsabilidade social. A novel teoria política do governo de permitir que representantes eleitos desabilitem um segmento da população não encontra lugar em uma democracia construída sob os princípios da inclusão, igualdade e participação cidadã”.

Notemos que a Suprema Corte do Canadá se referia a pessoas com condenação com trânsito em julgado! De outra parte, defende-se na presente ação o direito de pessoas que são presumidamente inocentes e sobre as quais não há dúvida em relação ao pleno gozo dos direitos políticos que, todavia, na prática, perdem seus direitos políticos em função da omissão estatal no cumprimento da lei, mesmo que juridicamente isso esteja vedado.

Aquela Suprema Corte já proibiu que quem alcançasse posições de poder no Estado, com base no poder popular e contrariando esse mesmo poder titularizado pelo povo, expurgasse um segmento minoritário da população das eleições futuras.

Há, com efeito, um imenso risco em se aceitar esse tipo de precedente. Quem pode garantir que esse procedimento não leve uma democracia aos rumos de um governo autárquico de um bloco majoritário, como tantas vezes já visto na história do mundo? Faz-se uma concessão hoje, derivada de um preconceito sem fundamento, e amanhã se

verá a face de uma tirania triunfante, pautada em estáveis precedentes.

## 5. Conclusão

O voto é o principal instrumento da democracia representativa, de amplo espectro em nosso ordenamento constitucional, e, portanto, indispensável para que o cidadão possa exercer a parcela de soberania que lhe cabe, já que o poder estatal emana do povo, que também é composto por presos provisórios e por adolescentes em conflito com a lei. Excluí-los do processo eleitoral e, antes de discriminá-los indevidamente, marginalizá-los, sem qualquer argumento plausível, pois.

Não se pode aceitar que, mais de vinte anos após a promulgação da Constituição da República, ainda não se cumpra um direito fundamental tão caro à democracia. As soluções jurídicas e pragmáticas estão à disposição do Estado, cabendo a ele apenas implementá-las.

Certo é que não existe democracia efetiva se uma parcela dos cidadãos, no gozo dos seus direitos políticos, está alijada por completo do exercício do poder.

## 6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, n. 165, p. 123-34, jan./mar. 2005.

BRASIL. Levantamento Nacional do Atendimento Sócio Educativo realizado pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, da Presidência da República (SPDCA/SEDH/PR). Brasília, 2006. Acessível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/Conteudold/ced8fa9e-7474-45e9-92c6-b903b56a0190/Default.aspx>; Recadastramento biométrico. Acessível em: <http://www.tse.gov.br/internet/institucional/recadastramento/index.html>.

CANADÁ. *Sauvé v. Canada* (Chief Electoral Officer), Suprema Corte do Canadá, 2002. Acessível em: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL; et alli. Relatório sobre as mulheres encarceradas no Brasil. 2007. Acessível em: <http://www.cladem.org/portugues/nacionais/brasil/Relatorio%20sobre%20mulheres%20encarceradas%20-%20Brasil.pdf>

### (Footnotes)

- 1 Fonte: Levantamento Nacional do Atendimento Sócio Educativo realizado pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, da Presidência da República (SPDCA

/ SEDH / PR) – 2006; acessível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/Conteudold/ced8fa9e-7474-45e9-92c6-b903b56a0190/Default.aspx>

## **DEFENSORIA PÚBLICA. Prerrogativa da Intimação Pessoal com Vista dos Autos Fora de Cartório. Listisconsorte. Prazo Comum. Termo Inicial de Contagem dos Prazos. Caráter Absoluto.**

Michelle Valéria Macedo Silva\*

Um dos princípios constitucionais que se irradia para a relação jurídica processual é o princípio da igualdade (art. 5º, CF/1988). No processo civil, o aludido princípio é muitas vezes mencionado como o princípio da “paridade de armas”, segundo o qual todos os sujeitos que compõem a relação jurídica processual devem comparecer no processo em igualdade de condições para o pleno exercício de seus direitos e deveres processuais.

No processo civil, o conceito de igualdade não está limitado à mera noção formal de igualdade perante a lei, mas em garantir iguais oportunidades para a realização dos objetivos do devido processo legal substancial (igualdade material).

Dessa forma, o direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, CF/1988), garantidos genericamente tanto ao autor quanto ao réu, devem ser exercidos por sujeitos com equivalência de oportunidades de meios para o desempenho desse mister.

Aristóteles já preconizava acerca do conceito de igualdade, ressaltando que a verdadeira igualdade consistiria em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. Portanto, para o alcance pleno do conceito de igualdade no processo, a norma processual terá de desigualar os desiguais para atingir a igualdade.

Assim, a igualdade das partes na relação jurídica processual comporta necessariamente a existência de prerrogativas para determinados sujeitos que, em vez de significarem privilégios processuais odiosos, constituem meios eficazes de consolidação dessa igualdade substancial no processo.

Esse é o fundamento essencial para a coexistência de prerrogativas processuais de determinados sujeitos em conjunto com regras processuais gerais que disciplinam a marcha processual. O eventual conflito aparente de normas processuais, nestes casos, deve ser solucionado à luz dos princípios constitucionais que irradiam seus valores por todo o ordenamento jurídico, inclusive no microsistema processual. É por esse motivo que há normas processuais que dilatam prazos peremptórios para determinados sujeitos, como, por exemplo, fixando para a Fazenda Pública o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188 do CPC).

O legislador pátrio, atento ao princípio da igualdade, prescreveu para a Defensoria Pública prerrogativas processuais, munindo seus membros de verdadeiras desigualdades processuais com o único objetivo de promover a tão almejada igualdade no processo.

A Lei Orgânica da Defensoria Pública, LC 80/1994, apresenta um rol de prerro-

\* Defensora Pública Federal de Primeira Categoria  
Titular do 5º Ofício Regional Cível da DPU/RJ  
Especialista em Processo Civil pela PUC/RJ

gativas de seus membros, dentre as quais as mais utilizadas processualmente dizem respeito ao prazo processual em dobro e à intimação pessoal, nos termos do art. 44.<sup>1</sup>

Na medida em que a Defensoria Pública atende toda a demanda jurídica da comunidade hipossuficiente da sociedade, a lei específica confere prerrogativas processuais que são meras ferramentas para desigualar os desiguais, buscando assegurar o “princípio da paridade de armas” na relação jurídica processual.

O Código de Processo Civil, por sua vez, em homenagem ao princípio da igualdade, prescreve que quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores o prazo em regra será em dobro, sendo também comum o prazo no caso de resposta do réu (art. 191 c/c art. 298 do CPC).<sup>2</sup>

A problemática deste estudo ganha relevo quando analisamos a compatibilidade da norma do prazo comum para resposta do réu/litisconsorte, uma vez que não se permite a “carga dos autos”, e a prerrogativa da vista dos autos fora de cartório da Defensoria Pública, quando ao menos um dos réus for assistido por este órgão de defesa.

O STJ há muito afirmou que não se permite a retirada dos autos fora de cartório quando estiver em curso prazo comum, ressalvando a existência de exceções legais<sup>3</sup>.

Entendemos que a vista dos autos fora do cartório pela Defensoria Pública, há muito autorizada pela lei (art. 44, VI da LC 80/1994), constitui uma exceção legal à regra geral processual. Afinal, a retirada dos autos do cartório é permitida por lei específica, sendo responsável inclusive pelo início do prazo de resposta do réu assistido pela Defensoria Pública.

Trata-se, ademais, do mesmo tratamento já dispensado ao Ministério Público, conforme reconhecido pelo STJ, quando do início de contagem dos prazos processuais, tendo sido dispensado o mesmo tratamento paradigma à Defensoria Pública<sup>4</sup>.

1 “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, contando-se-lhes em dobro todos os prazos; [...]

VI - ter vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias, ressalvadas as vedações legais;” (LC 80/1994 com redação dada pela LC 132 de 2009).

2 “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” (CPC).

“Art. 298. Quando forem citados para a ação vários réus, o prazo para responder ser-lhes-á comum, salvo o disposto no art. 191” (CPC).

3 “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEI FEDERAL. DISPOSITIVO LEGAL não indicado. PRAZO RECURSAL COMUM. CARGA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. REEXAME DE PROVA. Desde que não sendo indicado o dispositivo de lei federal tido como violado, como no caso, é inviável o apelo especial pela letra “a”. Sendo o prazo de interposição do recurso comum às partes, não se permite a vista dos autos fora de cartório, salvo exceções legais, inócurrentes na hipótese. Violação à lei federal não configurada. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula nº 7/STJ). Recurso especial não conhecido. (RESP 199900735773, CESAR ASFOR ROCHA, STJ - QUARTA TURMA, 21/02/2000)”

4 (Aqui há necessidade de se manter os eventuais erros pois trata-se de reprodução de jurisprudência oficial do site do STJ não pode ser modificado)CRIMINAL. AGRG NO AG. RECURSO INTEMPESTIVO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. PRAZO RECURSAL QUE SE CONTA A PARTIR

O prazo comum do art. 298 do CPC não se aplica à Defensoria Pública porque o termo inicial dos prazos deste órgão público de defesa somente começa a correr da vista dos autos fora de cartório, e o decurso do prazo processual ocorre com o processo judicial dentro da instituição pública Defensoria.

A novel alteração do art. 44, I, da LC 80/1994 pela LC 132/2009 clareou esse entendimento ao expressamente disciplinar que a intimação pessoal da Defensoria Pública dar-se-á “mediante entrega dos autos com vista”. Ocorre que o ato citatório é personalíssimo, ou seja, feito por mandado diretamente à parte que comparece, posteriormente, à Defensoria Pública, ocasião em que se passa a pedir “vista dos autos” para o exercício do múnus público de defesa técnica.

Portanto, nos casos de litisconsortes passivos, em que um dos réus seja assistido pela Defensoria Pública, a interpretação conforme o princípio constitucional de igualdade que tem de ser ofertada é que somente com a vista dos autos fora de cartório que o prazo de resposta deste réu começa a correr.

E, ainda, caso o único disparte de representante processual dos réus seja o órgão Defensoria Pública, ou seja, se os outros litisconsortes tiverem o mesmo procurador nos autos, não incide a regra do art. 191 do CPC, tampouco a do art. 298, porque não se trata de reunião de causídicos para concorrer no prazo simples pela defesa de réus diferentes. Neste caso, a regra excepcional do art. 191 do CPC não encontraria razão de ser, uma vez que desnecessária a medida para desigualar iguais, haveria, outrossim, privilégio odioso e dilação de prazo protelatória, o que se repugna com o presente.

Além do mais, a Defensoria Pública não atua mediante contrato procuratório outorgado, possui atuação ex lege, distanciando-se também da noção contida na lei processual civil, quando se refere no art. 191 à existência de diferentes procuradores no mesmo processo.

Portanto, se concorrer apenas um procurador constituído nos autos e a Defensoria Pública, o prazo será simples para os litisconsortes representados judicialmente pelo procurador ou em dobro e comum caso haja mais de um procurador, ao passo que para a Defensoria Pública o prazo será sempre em dobro, começando-se a contar a partir da vista fora do cartório ofertada à instituição pública referida.

Ressalte-se que o pedido de vista dos autos fora de cartório da Defensoria Pública, ofertado no prazo de resposta comum, não interrompe nem suspende o prazo de resposta do réu assistido pela Defensoria Pública, o que ocorre é que esse prazo processual importantíssimo sequer começa a fluir.

---

DA ENTRADA DOS AUTOS NO ÓRGÃO DE DEFESA E NÃO DO CIENTE DO MEMBRO DA DEFENSORIA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. O Ministério Público e a Defensoria Pública possuem a prerrogativa de intimação pessoal das decisões em qualquer processo ou grau de jurisdição, devendo o prazo de recurso ser contado a partir do recebimento dos autos com vista. 2. Esta Corte já firmou o entendimento de que o prazo para a interposição de recursos pelo órgão ministerial ou pela Defensoria Pública começa a fluir da data da entrada dos autos naquele órgão e não da aposição no processo do ciente do seu membro. Precedentes do STJ e do STF. 3. Agravo regimental não conhecido (AGA 200602681780, JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), STJ - QUINTA TURMA, 17/12/2007).

A alteração da LC 80/1994 trasladou a prerrogativa de “vista dos autos fora de cartório” que já existia no inciso VI para o inciso I do art. 44, que trata especificamente da intimação pessoal, facilitando o entendimento aqui esposado, que, no entanto, encontra resistência rotineira nas primeiras instâncias do Poder Judiciário.

Ocorre que, mesmo antes da alteração da LC 80/1994 pela LC 132/2009, o STJ, no julgamento do RESP 1.108.654,<sup>5</sup> no bojo de uma ação civil pública movida pelo MPF, em que um dos réus citados era assistido pela Defensoria Pública da União, afastou-se da decretação da revelia conferida pelo juiz de primeiro grau e confirmada no TRF da 2ª Região, passando a reconhecer que o início do prazo de resposta do réu, nestes casos, somente iniciou-se a partir da vista dos autos fora de cartório pela Defensoria Pública.

Somente a vista dos autos fora de cartório para a Defensoria Pública faz começar a correr o prazo processual de resposta, razão pela qual a defesa técnica apresentada fora do prazo comum do art. 298 do CPC e em dobro por força do art. 44, I da LC 80/1994 fora tempestiva, não cabendo cogitar-se de revelia.

### Conclusões Gerais

Para a Defensoria Pública não há prazo comum, porque os prazos se iniciam com a entrega dos autos na Defensoria Pública e correm dentro desta instituição; qualquer relativização carece de fundamento de validade, ferindo o princípio constitucional da isonomia. A norma especial do art. 44, I, da LC 80/1994 é absoluta e deve sempre prevalecer sobre a norma geral do art. 191 e a do art. 298 do CPC.<sup>6</sup>

O pedido de vista do defensor público não suspende nem interrompe prazo processual por total falta de previsão legal para tanto. Contudo, constitui marco assecuratório indispensável da assistência jurídica da Defensoria Pública, sinalizando para o juiz a necessidade de abertura de vista para a Defensoria Pública, oportunizando-se, enfim, ao agente político a vista dos autos fora do cartório para o exercício de suas atribuições institucionais.

As prerrogativas citadas não desequilibram a relação jurídica processual, ao revés, promovem a igualdade material das partes no processo, desiguando desiguais em busca da igualdade.

A medida não legítima nenhuma delonga processual protelatória, tampouco reconhece privilégio odioso para a parte assistida pela Defensoria Pública, destinando-se tão-somente à concretização do princípio constitucional da igualdade na relação jurídica processual.

5 Íntegra da decisão anexa.

6 “PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. VISTA DE AUTOS FORA DA SECRETARIA. PRERROGATIVA CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 80/1994. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO. 1. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União, dentre outras, “ter vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias, ressalvadas as vedações legais” (LC 80/1994, art. 44, VI). 2. Ilegal, desse modo, decisão judicial que veda a retirada de autos, pelo Defensor Público da União, se não havia qualquer óbice legal no caso. 3. Segurança concedida. (MS 200401000421780, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - TERCEIRA SEÇÃO, 24/05/2005).”

## Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. vol. II.Arts.154 a 269. 10. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 129-132.

MARCATO, Antônio Carlos e outros. Código de Processo Civil interpretado. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 534-539.

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 334/338.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.108.654 -RJ (2008/0285823-2)

**RELATOR** : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**  
**RECORRENTE** : PAULO SIMÕES DIAS  
**ADVOGADO** : MICHELLE VALÉRIA MACEDO SILVA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### DECISÃO

Vistos, etc.

PAULO SIMÕES DIAS interpôs agravo de instrumento, em autos de ação civil pública que lhe move o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL visando apurar danos ambientais, contra decisão que declarou sua revelia (fl. 122).

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFENSORIA PÚBLICA. VISTA DOS AUTOS. PRAZO COMUM. REVELIA.

1 Trata-se de Agravo, na modalidade de Instrumento, objetivando cassar a decisão que decretou a revelia do Agravante.

2 Em que pesem as prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União (DPU), o mero pedido de vista não suspende nem interrompe o prazo legal da resposta.

3 In casu, o prazo comum para resposta não se interrompeu com o mero pedido de vista formulado pelo réu, através do Defensor Público da União, até porque os autos permaneceram à disposição das partes em Secretaria durante o prazo para

resposta, conforme informação de secretaria exposta no sistema informatizado.

4. Agravo conhecido, mas desprovido" (fl. 140).

Opostos embargos de declaração, eles foram rejeitados (fl. 154).

PAULO SIMÕES DIAS interpõe o presente recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, alegando infringência ao artigo 44, VI da Lei Complementar nº 80/94, porquanto foi desprezada a prerrogativa da Defensoria de ter vista dos autos fora do cartório, e negada a contagem do prazo em dobro.

Relatados. Decido.

A discussão está centrada na prerrogativa da Defensoria Pública, representante do ora recorrente por cuidar-se de pessoa necessitada nos termos da Lei da Assistência Judiciária, nº 1.060/50, do prazo em dobro e, ainda, da possibilidade da retirada dos autos do Cartório.

O apelo merece prosperar.

Esse eg. Superior Tribunal de Justiça já tem entendimento firmado no mesmo sentido da tese expandida no apelo extremo, conforme se pode constatar da leitura dos seguintes julgados, verbis :

"Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Advogado dativo não pertencente aos quadros da Defensoria Pública. Prazo comum. Precedente da Corte.

1 O prazo em dobro é concedido apenas ao Defensor Público da Assistência Judiciária, não se estendendo à parte, beneficiária da justiça gratuita, mas representada por advogado que não pertence aos quadro da Defensoria do Estado, sendo irrelevante a existência de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil.

2 Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag nº 765.142/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 12.03.2007, p. 226).

"RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PREVISTO NO ART. 198, INCISO II, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA DO ART. 26 DA LEI 8.038. DEFENSORIA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO.

1 Não se aplica o art. 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao caso dos autos, haja vista aludido dispositivo legal não ter excepcionado a aplicação de normas previstas em outros diplomas, in casu, da Lei 8.038/90, que contém disposições específicas sobre os recursos ordinário, extraordinário e especial.

2 É tempestivo o apelo quando interposto dentro do prazo legal previsto no art. 26 da Lei 8.038/90 (quinze dias), contado em dobro por se tratar de menor representado pela Defensoria Pública.

(...)omissis.

2. Recurso Especial conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de Primeiro Grau, que declarou extinta a punibilidade do recor-

rente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva" (REsp nº 948.195/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, 28/08/2008, DJe de 06.10.2008).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. LEI 8.069/90. RECURSO. DEFENSORIA PÚBLICA. CONTAGEM DE PRAZO.

-Segundo precedentes, "em se tratando de parte representada pela Defensoria Pública, os prazos contam-se em dobro".

-Recurso conhecido e provido" (REsp nº 160.749/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 17.04.2000, p. 75).

A Lei nº 1.060/50, que garante a assistência judiciária aos necessitados, também é explícita a respeito, verbis:

"Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

(...)omissis.

§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos."

A propósito, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, na qualidade de recorrido e apresentando suas contra-razões ao recurso especial, consignou de forma expressa sobre o Documento: 4855207 -Despacho / Decisão -Site certificado -DJ: 30/03/2009 Página 2 de 3 direito do recorrente, verbis :

"De fato, certo é que o art. 44, VI, da LC nº 80/94, que dispõe sobre a Defensoria Pública, coloca como prerrogativa de seus membros a vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias. Essa prerrogativa se justifica pela notória insuficiência de defensores para atender a todos os casos que lhes são submetidos para atuação e, ainda, pela falta de efetiva instalação da Defensoria Pública.

Tal prerrogativa processual inserida no ordenamento jurídico pátrio, por uma questão de absoluto senso de razoabilidade e proporcionalidade dos legisladores infraconstitucionais que, cientes da situação especial da Defensoria Pública, livrou-a de atribuir um novo ônus, posto que contrariamente ao que ocorre com o advogado constituído, exercita um ardoroso munus público, não lhe sendo dado escolher o número de clientes a atender ou tal ou qual causa a atuar.

Deste modo, sendo a Defensoria Pública uma instituição

essencial à função jurisdicional do Estado, na medida do possível, deve-se facilitar-lhe o ofício.

(...)

Entretanto, enquanto não instalada na forma recomendada pela Constituição, tendo em vista sua destinação social e a referência ao serviço de assistência judiciária de

modo amplo, aplicável é à Defensoria Pública interpretação tradicional aplicável ao Ministério Público, concedendo-se, por conseguinte, a prerrogativa da vista pessoal fora do cartório.

Ante todo o exposto, mesmo atuando como parte no presente feito, levando-se em conta o dever constitucional de fiscalizar a correta aplicação da lei, não resta outra alternativa ao Ministério Público Federal senão manifestar-se pelo acolhimento do pleito recursal, para o fim do exercício do regular direito de defesa, substituindo-se o decreto de revelia oposto" (fls. 172/6).

Frente ao exposto, com base no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO ao presente recurso, para que seja afastada a decretação da revelia do recorrente, garantindo-se-lhe, porquanto representado pelo Defensoria Pública, as prerrogativas de direito acima explicitadas.

Publique-se.

Brasília (DF), 12 de março de 2009.

**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**

*Relator*

## O cabimento do habeas corpus nas transgressões disciplinares militares

Jair Soares Júnior\*

### 1. Introdução

As Forças Armadas são alicerçadas sobre dois pilares constitucionalmente erigidos (art. 142, *caput*): a hierarquia e a disciplina. A observância desses dois princípios balizadores das Forças Armadas é de fundamental importância para o cumprimento de suas missões constitucionais, quais sejam: a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem e, principalmente, a defesa da pátria.

Em razão da hierarquia e da disciplina militar e tendo em vista, sempre, a destinação constitucional das Forças Armadas, há uma série de limitações e até mesmo de restrições aos militares que não encontram similitude para os civis.

Não se pode olvidar que os militares devem estar preparados para a defesa da pátria em momentos críticos de quebra da paz, quando certas liberdades individuais devem dar espaço ao interesse público maior de sobrevivência do Estado e de garantia da soberania nacional contra a quebra da ordem pública ou da paz social.

Nesse contexto, são plenamente aceitáveis certas limitações aos agentes públicos (militares) incumbidos de assegurar a defesa da pátria e de garantir a paz social em situações de crise. Vale lembrar, porém, que as limitações impostas aos militares para a preservação da hierarquia e da disciplina somente se justificam para que se possa cumprir a missão constitucional de defesa da pátria que incumbe às Forças Armadas, sob a autoridade suprema do Presidente da República.

Justificável, nessa perspectiva, é a imprescindível observância da hierarquia e da disciplina dentro da caserna, uma vez que se fosse permitido ao militar discutir as ordens emanadas de seus superiores, no exercício da missão constitucional de defesa da pátria, isso poderia resultar no caos administrativo, o que, certamente, levaria ao perecimento da soberania nacional e, por corolário, do próprio Estado de Direito.

Entre as limitações constitucionais aos militares, podemos encontrar: a proibição de sindicalização e de greve (art. 142, § 3º, inciso IV); a proibição de filiação a partidos políticos (art. 142, § 3º, inciso V); e a inestabilidade e a inelegibilidade – *direitos políticos ativos e passivos* – dos conscritos durante o período de serviço militar obrigatório (art. 14, § 2º). Entretanto, talvez nenhuma limitação seja mais drástica do que aquela insculpida no art. 142, § 2º, da CF, consistente na proibição do manejo do *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

A expressão maior da importância da hierarquia e da disciplina na vida militar é a

---

\* Defensor Público Federal de Primeira Categoria no Distrito Federal  
Titular do 5º Ofício Regional Cível da DPU/DF/Primeira Categoria  
Especialista em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco/RJ e Direito do Estado e das Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco/MS

exclusão da aplicação do princípio segundo o qual ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, inciso LXI, *in fine*, da CF).

De tal arte, a própria Constituição Cidadã – garantidora de direitos fundamentais – permite a privação de liberdade ao militar que cometa mera transgressão disciplinar, permitindo, inclusive, que essa privação seja realizada sem ordem escrita nem fundamentada de membro do Poder Judiciário.

Se essa restrição, por si só, pode dar margem à ocorrência de abusos, o que se dirá se somarmos a isso o fato de que o § 2º do art. 142 da CF impede o uso do remédio heróico contra as sanções privativas de liberdade aplicadas em decorrência de transgressões disciplinares. Em última análise, a decisão dos superiores do militar punido disciplinarmente com a restrição da própria liberdade ficaria imune ao controle do Poder Judiciário.

É preciso, porém, conciliar o desiderato do constituinte originário que buscou a observância da hierarquia e da disciplina militar – por meio da prisão por infração disciplinar e da proibição do uso do *habeas corpus* para rever tal prisão – com a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e com os direitos fundamentais inerentes à dignidade humana. Esses são os pontos centrais deste trabalho.

## 2. Do enquadramento constitucional

O *habeas corpus* tem amparo diretamente na Constituição da República, possuindo, portanto, *status* constitucional, tal qual o disposto no art. 142, § 2º, da CF.

O “remédio heróico”, como é chamado, desde 1891, passou a ter assento constitucional com sua introdução no texto da carta republicana. A Constituição em vigor assim trata do instituto (art. 5º, LXVIII): “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O professor Alexandre de Moraes,<sup>1</sup> com a eloquência que lhe é peculiar, afirma ser o *writ* “uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Nesse diapasão, resta-nos perquirir quando o *habeas corpus* não poderá ser manejado, por inteligência do próprio art. 5º, LXI, e também do art. 142, § 2º, ambos da CF.

Com efeito, inicialmente resta elucidar uma questão conceitual do que vêm a ser os crimes propriamente militares e as transgressões disciplinares militares a que se refere a parte final do inciso LXI do art. 5º da CF.

Em comum possuem, a infração e o crime, o fato de serem fruto de uma conduta violadora de norma jurídica emanada do Estado. Assim, tanto uma como o outro são fruto

1 MORAIS, 2001, p. 132.

de um ilícito, sofrendo, porém, consequências bem diferentes.

O crime, segundo Heleno Fragoso (1980 apud MIRABETE 2003, p. 96): “É a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal”.<sup>2</sup>

O conceito anteriormente explanado, por certo, refere-se ao crime comum, e não ao crime militar propriamente dito. Todavia, é perfeitamente aproveitável quando se acrescenta uma característica fundamental do crime militar – o enquadramento em alguma das situações previstas no art. 9º do Código Penal Militar.

A infração disciplinar, entretanto, é a conduta praticada pelo militar que colide com os princípios institucionais, prevista em regulamento interno e que não seja definida como crime comum ou militar (próprio ou impróprio).

O Regulamento Disciplinar do Exército (Dec. n. 4.346/02) dispõe em seu art.14:

Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decore da classe.

Hely Lopes Meireles<sup>3</sup> assim diferencia crime de infração disciplinar:

Não se deve confundir o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração, e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço; a punição criminal é aplicada com finalidade social, visando à repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais e por esse motivo é realizada fora da Administração ativa pelo Poder Judiciário.

Ainda, a pecha de ato criminoso difere de uma mera infração disciplinar pela conhecida aplicação de *ultima ratio* dirigida ao conceito de crime, na perspectiva da corrente ideológica que prega o “direito penal mínimo”, para a qual o direito penal somente deverá preocupar-se com infrações de maior representatividade e que causem uma ofensa relevante ao bem jurídico tutelado pela norma, não podendo ser reparado por outro ramo do direito, notadamente o administrativo (infrações disciplinares) e o civil (ação indenizatória ou reparatória).

Não obstante a substancial diferença existente entre crime militar e infração disciplinar militar, estas, especialmente quando cominada sanção privativa de liberdade, deverão guiar-se por preceitos orientadores do direito penal mínimo, tais como os princípios da subsidiariedade, da taxatividade e da intervenção mínima. Com efeito, colhe-se da doutrina de Jorge Cesar de Assis<sup>4</sup>:

As faltas e sanções disciplinares pertencem ao ramo do Direito Administrativo *lato*

2 MIRABETE, 2007.

3 MEIRELLES, 2001.

4 ASSIS, 2008, p. 46.

*sensu*, que, em uma primeira análise, dir-se-ia separado (estanque) do Direito Penal Militar.

Uma análise mais apurada, todavia, mostrará que o direito disciplinar está intimamente jungido ao Direito Penal Militar, dele não podendo ser separado e merecendo, de consequência, uma análise quase sempre conjunta.

De tal arte, não obstante pertencer a ramo distinto, o direito disciplinar militar, especialmente no ponto em que comina sanção disciplinar privativa de liberdade, deve observar os preceitos garantistas atinentes ao direito penal, uma vez que a liberdade de locomoção é direito fundamental garantido no inciso XV do art. 5º da Constituição da República.

Outra distinção importante entre crime e infração disciplinar diz respeito ao agente infrator. O crime militar pode ser praticado por civil ou por militar, enquanto a infração disciplinar militar somente poderá ser praticada por servidor da caserna.

No âmbito deste trabalho abordaremos apenas a aplicabilidade – ou não – do *habeas corpus* nas infrações disciplinares ou transgressões disciplinares, não adentraremos, portanto, na aplicabilidade do mencionado instituto aos crimes militares próprios.

### 3. Da necessária observância da reserva legal para a previsão de sanção disciplinar militar privativa de liberdade

Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas, como o adotado pelo Exército<sup>5</sup>, foram instituídos por meio de decreto emanado do Poder Executivo. O problema repousa na previsão pelos mencionados instrumentos normativos de sanções disciplinares de restrição à liberdade, o que, com o advento da Constituição Federal de 1988, só podem ser levadas a cabo por meio de lei.

Com efeito, dispõe o inc. LXI, art. 5º, da Constituição Federal: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em **lei**” (grifou-se).

Não há como se alegar, outrossim, que os decretos editados antes da publicação do texto magno e que continham previsão de sanção disciplinar restritiva de liberdade foram recepcionados pela nova ordem constitucional, pois, como bem leciona o professor João Rodrigues Arruda,<sup>6</sup> *verbis*:

Argumentam alguns, talvez para fugir ao debate, que os regulamentos disciplinares instituídos na vigência das Constituições anteriores, também via decreto, foram recepcionados pela nova Carta.

Errado. Sempre foi competência do Congresso Nacional legislar sobre o regime jurídico dos servidores públicos, aí incluídos os militares, e o que era ilegal antes continuou ilegal após 1988. Historicamente, no entanto, esse problema foi esquecido por

5 Dec. n. 4.346, de 26 de agosto de 2002 (RDE).

6 ARRUDA, 2007, p. 48.

juristas e legisladores.

Como é cediço, o regime disciplinar dos militares é parte integrante do regime jurídico militar. Sendo assim, por determinação expressa da Constituição da República, apenas o Congresso Nacional, por iniciativa privativa do Presidente da República, mediante lei em sentido material, poderá disciplinar sobre a matéria.

Vale lembrar que o Procurador-Geral da República ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.340, na qual requereu a declaração de inconstitucionalidade formal do Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002, no que tange à previsão de sanções disciplinares privativas de liberdade aos militares; porém, o mérito da referida ADI não foi analisado, em que pese a flagrante inconstitucionalidade do RDE. Com muita propriedade, a inicial da ADI assim trata da matéria:

A Constituição de 1988, buscando fortalecer a proteção aos direitos fundamentais, estabeleceu a reserva legal para a disciplina de transgressões ou crimes militares. [...] em que pese a reserva legal fixada pela Constituição de 1988, o Decreto n. 4.346/2002 aprovou novo Regulamento Disciplinar do Exército, expressamente revogando o Decreto n. 90.608/1984. [...] o simples exame do arcabouço normativo que regula a matéria em apreço é suficiente para demonstrar a inconstitucionalidade do Decreto n. 4.346/2002. Com efeito, se a Constituição de 1988 determina que os crimes e as transgressões militares sejam definidos em lei, não é possível a definição de tipos penais via decreto presidencial. Assim, o ato normativo impugnado violou o artigo 5º, inciso LXI, da Carta Magna. A ofensa constitucional torna-se ainda mais clara a partir do exame do princípio da recepção de normas pela Constituição. Segundo esse princípio, toda ordem normativa proveniente dos regimes constitucionais anteriores é recebida pela Carta Magna em vigor, desde que com ela materialmente compatível. Considera-se, nesse caso, que a norma recepcionada passa a revestir-se da forma prevista pelo texto constitucional para a matéria.

Nem se diga, ainda, que teria ocorrido uma delegação do Congresso Nacional para que o Poder Executivo tratasse da matéria, uma vez que a figura da delegação encontra linhas bem definidas na própria Constituição Federal, não havendo, portanto, como se alegar a ocorrência de tal ato normativo para a elaboração de um Regulamento Disciplinar aos militares, especialmente ao Exército.

Não há, da mesma forma, como se argumentar a ocorrência do chamado “decreto autônomo” – aceito por alguns publicistas brasileiros, dentre os quais Hely Lopes Meireles é o expoente máximo –, pois, mesmo para os que entendem existir essa espécie de decreto no ordenamento jurídico pátrio, não haveria como se sustentar uma omissão do Poder Legislativo, justificadora da regulamentação pelo Executivo por meio de um decreto, tendo em vista que a iniciativa de lei sobre o regime disciplinar dos militares é privativa do Presidente da República.

Destarte, se omissão há, esta deve ser atribuída, exclusivamente, ao Poder Executivo, que não exerceu a iniciativa legislativa que lhe é privativa, sem falar da omissão das próprias Forças, que parecem não ter interesse na solução do problema por meio

da justa reivindicação da promulgação de um diploma legal que obedeça às garantias constitucionais.

Nesse diapasão, é oportuno trazermos à baila, mais uma vez, o magistério do professor João Rodrigues Arruda: “Analisando a proibição do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, podemos concluir que a resistência maior ocorre por parte dos chefes militares”.

Outro ponto flagrantemente inconstitucional, tanto no Regulamento Disciplinar do Exército quanto no Regulamento Disciplinar da Marinha, refere-se à atribuição à Administração para decidir se determinadas condutas são ou não ofensivas ao chamado “pundonor militar”. Embora não tipificadas como ilícitos administrativos, tais condutas podem ser reprimidas com punição disciplinar, inclusive com a restrição da liberdade, nesse ponto, adverte Antoniel Souza Ribeiro da Silva Júnior:

Mais grave violação constitucional encontramos disposto no parágrafo. único do art. 7º do Regulamento disciplinar da Marinha, que reza que “considera-se contravenção as condutas não especificadas no artigo, desde que não seja crime militar e ofenda a hierarquia e as regras de serviço”. [...] Disposição semelhante encontramos no regulamento disciplinar do Exército (modelo para o regulamento dos estados, lembre-se) e da Aeronáutica. Ou seja, o cidadão militar pode ser preso por violar uma conduta não tipificada como transgressão, “porquanto depende tão-só e somente do livre alvedrio e talante (da autoridade competente) considerar como transgressão ‘todas as ações e omissões ou atos não especificados no rol das transgressões’... não há, pois, como livrar-se de uma sanção disciplinar, se assim ‘decidirá autoridade competente’...7

Não se pode perder de vista que as sanções disciplinares, assim como as penas no direito penal, devem zelar pelo princípio da taxatividade, de forma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF).

#### 4. Da cedência recíproca<sup>8</sup> entre os mandamentos constitucionais contidos no art. 142, § 2º, e no art. 5º, inciso XXXV

Nos itens anteriores, verificamos que a previsão das sanções disciplinares restritivas de liberdade, cabíveis apenas aos militares e por expressa previsão constitucional (art. 5º, inciso LXI, *in fine*), é reservada à lei em sentido material, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucionais os Regulamentos Disciplinares das Forças que preveem, por Decreto do Poder Executivo, a aplicação de sanções disciplinares privativas de liberdade.

Anotou-se, também, que a figura de transgressão disciplinar, embora diversa, se assemelha aos crimes militares próprios, devendo, portanto, ser tratada de forma que se zele pelos princípios da taxatividade, da reserva legal e da subsidiariedade.

7 SILVA JÚNIOR, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3448>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

8 “O princípio da cedência recíproca ou da concordância prática ou da ‘harmonização’, embora divulgado por Konrad Hesse, ‘há muito que constitui um *canon of constitutional construction da jurisprudência americana*” (CANOTILHO, 2003, p. 234).

Neste ponto, cabe averiguar sobre em que hipóteses e em quais circunstâncias o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional deve deixar de ser aplicado, abrindo-se espaço para o disposto no art. 142, § 2º, da CF, que impede o manejo do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares.

Como bem adverte João Rodrigues Arruda,<sup>9</sup> as Forças Armadas foram aproximadas das medidas excepcionais: Estado de Defesa e Estado de Sítio. Ambas trazem restrições pontuais aos direitos e às garantias individuais, indistintamente. Não é por outro motivo que as Forças Armadas estão previstas no Título V da Constituição da República, que trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, juntamente com o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

Nesse contexto, o professor João Rodrigues Arruda,<sup>10</sup> em brilhante exegese, leciona que, caso as Força Armadas sejam convocadas a cumprir uma missão constitucional, nessa hipótese cabe a imposição de determinadas restrições a alguns direitos e garantias individuais, inclusive o acesso ao *habeas corpus* aos militares em caso de transgressões disciplinares. E só nesse caso. Acrescenta ainda o doutrinador supracitado: “No dia a dia da rotina na caserna, em tempo de tranquilidade democrática, não há que se falar em incidência daquelas restrições sob pena de se reconhecer, para os militares, uma situação de inferioridade em termos de cidadania. Mas isso é o que tem acontecido”.

De tal arte, o disposto no art. 142, § 2º, da CF somente poderá prevalecer em relação ao insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, quando a transgressão disciplinar for praticada nas situações previstas no mesmo art. 142 da CF, ou seja, no exercício das funções típicas das Forças Armadas, na defesa externa ou na garantia da lei e da ordem. Fora disso, qualquer limitação ao direito constitucional de acesso ao Judiciário por meio do remédio heróico, mesmo nas transgressões disciplinares, configura-se afronta ao Texto Maior, bem como aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Ressalta-se, assim, que a limitação ao emprego do *habeas corpus* somente deve prevalecer, dando espaço para o contido no art. 142, § 2º, da CF, quando a transgressão disciplinar tiver sido praticada por militar no exercício das situações previstas no art. 142 da CF (defesa externa ou garantia da lei e da ordem). Fora dessas situações, na linha de precedentes citada, a garantia fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos, por meio do remédio heróico, deverá, sempre, prevalecer.

## **5. Dos tratados de direitos humanos como fonte de interpretação e de limitação à vedação do uso do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares**

Outro ponto que não pode ser afastado da discussão se refere à adequação da regra proibitiva da submissão ao controle jurisdicional, por meio de *habeas corpus*, do ato de prisão decorrente de transgressão disciplinar militar, com relação aos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente o Pacto de São José da Costa Rica, haja vista que, de acordo com a nova ordem constitucional (neoconstitucionalismo), não há

<sup>9</sup> ARRUDA, 2007, p. 56.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 56.

de se falar em prevalência de uma norma interna – inclusive a Constituição de um Estado Soberano – sobre uma norma internacional de proteção, na linha do que foi disciplinado pelo § 3º, do art. 5º, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Como bem leciona Valerio de Oliveira Mazzuoli:

A proteção internacional dos direitos humanos é fruto de um processo gradual de amadurecimento da sociedade internacional. Esse amadurecimento teve seu maior desenvolvimento a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando a sociedade internacional percebe a necessidade de se arquitetar um novo modelo de Direito Internacional Público, voltado à criação de mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana contra as arbitrariedades dos Estados e dos indivíduos que agem em seu nome<sup>11</sup>.

A EC n. 45/2004 alterou a tradicional jurisprudência do STF, que sempre empregou aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de norma infraconstitucional, haja vista que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição da República.

Destarte, pela nova ordem constitucional, as regras de direito internacional sobre direitos humanos, desde que aprovadas, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Surge a seguinte indagação: qual o *status* constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos introduzidos no ordenamento jurídico pátrio anteriormente à EC n. 45/2004? O julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 87.585-8 revolucionou o estudo da questão.

Com efeito, em 12 de março de 2008, o Ministro Celso de Mello, em voto-vista no referido HC n. 87.585-8, o qual questiona a possibilidade da prisão civil de depositário fiel (permitida constitucionalmente pelo art. 5º, LXVII) em face da Convenção Americana dos Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil no ano de 1992), aceitou a tese de que os tratados de direitos humanos ratificados antes da EC n. 45/2004 têm índole e nível constitucional, *independentemente do seu quorum de aprovação*, é o que se colhe pelo trecho do brilhante voto-vista a seguir colacionado:

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.[...]

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), **inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às conven-**

11 MAZZUOLI, 2007, p. 682-702.

**ções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:**1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC n. 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e3) **tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC n. 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados) (grifou-se).**

Sendo assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instituída pelo Pacto de San José da Costa Rica, à qual o Brasil aderiu em 25 de setembro de 1992, incorporada ao nosso sistema de direito positivo interno pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, é norma materialmente constitucional, possuindo, assim, o efeito *paralisador* de qualquer norma, constitucional ou infraconstitucional, que seja com ela materialmente incompatível.

Postas essas premissas, resta-nos analisar a compatibilidade material na norma insculpida no § 2º do art. 142 da Constituição da República com as regras de direitos humanos internacionais ratificadas pelo Brasil pelo Pacto de San José da Costa Rica. O referido diploma assim abarca o direito à liberdade pessoal:

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo

de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

**6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa (grifou-se).**

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Acerca da segunda parte do item 6 do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é esclarecedor o magistério de Luiz Flávio Gomes, *verbis*:

O *habeas corpus*, no nosso ordenamento jurídico, sem sombra de dúvidas é o instrumento (remédio) constitucional destinado à tutela da liberdade individual de locomoção da pessoa humana (ou seja: do direito de ir, vir e permanecer). A ausência de ações de garantia, como a do *habeas corpus*, para além de violar direitos fundamentais consagrados nos direitos internos assim como na Convenção Americana constitui fonte de numerosas prisões arbitrárias, sobretudo quando a pessoa é suspeita de ser “terrorista” (*Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, 1993, p. 544, Peru). Consoante a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o *habeas corpus* representa meio idóneo para garantir a liberdade da pessoa humana (assim como para evitar tratamento desumano, cruel e degradante) (Caso Bámaca Velásquez, parágrafo 192).[...]

Quando não cabe *habeas corpus*? a) em caso de punição disciplinar militar **(hoje esse posicionamento deve ser inteiramente revisto: para se discutir competência, legalidade ou razoabilidade da prisão cabe *habeas corpus*)** (grifou-se)<sup>12</sup>.

À guisa de conclusão deste capítulo, afigura-se-nos que o disposto no § 2º do art. 142 da Constituição da República deve ser reinterpretado à luz das normas internacionais de direitos humanos, especialmente da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, com a reforma constitucional promovida pela EC n. 45/2004, somada à mudança interpretativa do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ganhou *status* equivalente às normas constitucionais.

Sendo assim, tendo em vista que **toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura**, não se pode mais

12 GOMES, 2008, p. 57-58.

conceber uma interpretação isolada e gramatical da vedação constante no § 2º do art. 142 da CF ao uso do *habeas corpus* para análise do ato que infringir a restrição da liberdade em virtude do cometimento de uma transgressão disciplinar militar.

## 6. Da sempre possibilidade da análise dos aspectos formais do ato administrativo punitivo militar por meio do *habeas corpus*

Como foi sustentado nos itens anteriores, a vedação à utilização do *habeas corpus* somente será possível, nas transgressões militares, quando houver previsão legal, no mínimo, das sanções disciplinares privativas de liberdade impostas aos militares, observando-se, assim, a reserva legal imposta na parte final do art. 5º, inciso LXI, da CF.

Da mesma forma, foi sustentado que a cedência do disposto no art. 5º, XXXV, da CF (inafastabilidade do controle jurisdicional), ao § 2º do art. 142 da CF (vedação ao uso do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares) somente encontraria apoio na Constituição quando a transgressão disciplinar tiver sido praticada por militar em uma das funções típicas das Forças Armadas, previstas no art. 142 da CF, a saber: defesa externa ou garantia da lei e da ordem.

Resta frisar, porém, que em nenhuma hipótese os aspectos formais do ato administrativo que aplica uma sanção disciplinar de privação de liberdade ficará imune de apreciação pelo Poder Judiciário. Com efeito, os atos administrativos são compostos por requisitos de validade, a saber: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

No abalizado magistério de José dos Santos Carvalho Filho, “competência é o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade.<sup>13</sup>Traçando um paralelo com o direito privado, a competência para produzir certo ato administrativo equipara-se, *mutatio mutantis*, à capacidade para atos da vida civil, com a diferença de que no regime jurídico de direito público, ao contrário do que ocorre no direito privado, o agente apenas poderá agir na esfera do que a lei traçou, não podendo tomar determinada postura sob a justificativa de que não há norma legal que vede a prática do ato.

O objeto de um ato administrativo é o objetivo ao qual o ato se propõe a produzir. O objeto de uma punição disciplinar, *v. g.*, é punir o transgressor de uma norma administrativa disciplinar. Assim como os atos da vida civil, o ato administrativo deve ter objeto lícito, possível e determinado ou determinável. A forma é o meio pelo qual o ato administrativo se exterioriza. Esse requisito de validade tem o condão, principalmente, de tornar público e visível o que se projeta com a produção do ato administrativo. Assim, quando um ato administrativo possui um móvel viciado, *v. g.*, em razão do superior hierárquico ter em mente a aplicação de uma punição disciplinar por vingança ao seu subordinado, por meio do procedimento administrativo apuratório – que guarda estreita relação com a forma do ato –, será possível a constatação de tal vício.

Não se poderá dizer que a forma do ato administrativo está escorregada se o pro-

13 CARVALHO FILHO, 2006, p. 92.

cedimento a ele empregado não garantiu o contraditório e a ampla defesa, corolários do devido processo legal, assegurados constitucionalmente tanto aos processos judiciais como aos administrativos. Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento do ato administrativo”<sup>14</sup>.

Do mesmo modo como o juiz organiza sua sentença com base em um silogismo em que os fatos e os fundamentos jurídicos são as premissas e o dispositivo é a conclusão, o agente público que produzir um ato administrativo, especialmente os de caráter punitivo-disciplinar, não poderá, jamais, deixar de lado os pressupostos de fato e de direito em que se baseia o ato. A ausência de indicação ou a indicação incompleta ou inverídica dos fatos ou dos fundamentos jurídicos invalidam o ato administrativo.

Impende salientar que não se confundem motivo e motivação. Motivação é a exposição dos motivos e diz respeito às formalidades do ato. Entretanto, ausente a motivação, o ato administrativo torna-se inválido, pois, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a motivação “constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública”<sup>15</sup>.

Por derradeiro, com relação ao motivo do ato administrativo, a teoria dos motivos determinantes vincula a validade do ato administrativo aos motivos por ele indicados, de modo que ausentes ou inverídicos os motivos, mesmo que seja reprovável a conduta sobre outro argumento, a punição disciplinar deve ser afastada.

A finalidade é o elemento do ato administrativo que reza que todo ato da Administração Pública deve buscar um interesse público. Não se pode praticar um ato administrativo com finalidade egoística ou por mero interesse privado. Da mesma forma, um ato administrativo com uma finalidade específica não pode ser usado para outra finalidade, como, *v. g.*, promover a remoção *ex officio* de um funcionário sob a justificativa de necessidade do serviço, mas, em verdade, com a finalidade de punição. Ausentes quaisquer dos requisitos, frisa-se, o ato é ilegal e, portanto, nulo de pleno direito.

Nesse diapasão, não há como se excluir da apreciação do Poder Judiciário, mesmo nas situações em que o manejo do *writ* encontra limitação constitucional, no mínimo, os aspectos formais do ato administrativo de privação de liberdade de um militar em razão da prática de uma infração disciplinar.

Merecem destaque, no que tange aos aspectos formais da aplicação da sanção disciplinar, os requisitos da competência e da forma. Deveras, não se pode dizer que a hierarquia sempre corresponde ao poder disciplinar. Nesse ponto, somente poderá impor uma sanção disciplinar, em face da prática de uma transgressão disciplinar, quem tenha competência para a prática desse ato administrativo, ou seja, a autoridade que tenha essa competência prevista em lei.

Dessarte, é ilegal, por ferimento ao aspecto formal do ato – referente à competência administrativa –, a imposição de uma sanção disciplinar a um praça de uma Força por um oficial de outra, sendo possível, nesse caso, o manejo do *writ* para a correção da ilegalidade.

14 DI PIETRO, 2004, p. 203.

15 Ibidem, p. 204.

Da mesma forma, as punições disciplinares privativas de liberdade possuem limitação temporal, que, uma vez ultrapassada, possibilita a imediata soltura do paciente por meio de impetração do *habeas corpus*.

Impende salientar que o Supremo Tribunal Federal, paulatinamente, vem construindo sólida jurisprudência que admite o emprego do *writ*, mesmo no campo das transgressões disciplinares, quando se discutem os pressupostos de validade do ato administrativo que impõe pena privativa de liberdade em decorrência de transgressão disciplinar militar. Nesse sentido, vale anotar os seguintes precedentes jurisprudenciais:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. *HABEAS CORPUS* CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, E 124, § 2º.

I – À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2º, da CF).

II – A legalidade da imposição de punição constitutiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes.

III – Não estando o ato sujeito à jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, da CF).

IV – Reprimenda, todavia, já cumprida na sua integralidade.

V – HC prejudicado. [RHC 88.543, rel. Min. Ricardo Lewandowski].

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR.

Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito.

Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu aos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação do *habeas corpus*.

Recurso conhecido e provido. (RE 338.840-RS, rel. Min. Ellen Gracie).

EMENTA: *Habeas corpus*. O sentido da restrição dele quanto às punições disciplinares militares (artigo 142, § 2º, da Constituição Federal).

Não tendo sido interposto o recurso ordinário cabível contra o indeferimento liminar do *habeas corpus* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 102, II, 'a', da

Constituição Federal), conhece-se do presente *writ* como substitutivo desse recurso. O entendimento relativo ao § 20 do art. 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, segundo o qual o princípio de que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válida para o disposto no § 2º do art. 142 da atual Constituição, que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar. *Habeas corpus* deferido para que o STJ julgue o *writ* que foi impetrado perante ele, afastando a preliminar do seu não cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente *habeas corpus* até que o relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não (HC nº 70.648-7/RJ, rel. Min. Moreira Alves).

Aliás, o próprio Código de Processo Penal Militar, em seu art. 466, parágrafo único, parece excluir das hipóteses de vedação ao uso do *habeas corpus* as punições em que não for obedecido o correto emprego dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, em clara alusão ao princípio da estrita legalidade, que deve nortear toda a Administração Pública (civil ou militar).

Em última análise, conforme lembra o professor João Rodrigues Arruda, a disciplina militar pode ser conceituada como a rigorosa observância e o acatamento integral das leis para que as Forças Armadas cumpram sua missão de garantia dos poderes constitucional e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. “Seria, portanto, um paradoxo eleger a ilegalidade para garantir a legalidade, ou, ainda, adotar o princípio de que os fins justificam os meios, numa triste reedição de Maquiavel”.<sup>16</sup>

Não se pretende, com isso, burocratizar a disciplina e a hierarquia militar, mas sim imprimir a esses atos a imprescindível observância de requisitos de validade indispensáveis aos atos administrativos, impedindo que estes sejam usados de forma viciada e para o atingimento de finalidades não abraçadas pelo ordenamento jurídico.

## **7. Da competência para o julgamento de habeas corpus impetrado contra a aplicação de sanções disciplinares militares**

Em síntese, a doutrina divide-se em três grandes correntes acerca do cabimento do *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar. A primeira delas rechaça toda e qualquer possibilidade e impetração do remédio heróico contra prisão decorrente de sanção disciplinar militar, em interpretação ortodoxa e literal do § 2º do art. 142 da Constituição da República. Dentre os defensores dessa primeira corrente, destacam-se Cretella Júnior, Seabra Fagundes, Walter Ceneviva e José Afonso da Silva, lecionando este último que:

A disciplina é, assim, corolário de toda organização hierárquica. Essa relação fundamenta a aplicação de penalidades que ficam imunes ao *habeas corpus*, nos termos do art. 142, § 2º [CF/88], que declara não caber aquele remédio constitucional em

16 ASSIS, 2008, p. 195.

relação a punições disciplinares militares.<sup>17</sup>

Dentre os integrantes da segunda corrente, que entendem viável o *habeas corpus* contra as punições disciplinares militares apenas para o controle de legalidade da punição, está a maior parte dos doutrinadores, bem como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal Militar e a maioria dos tribunais pátrios.

A terceira corrente, mais ligada à doutrina garantista do direito penal, à qual nos filiamos, entende ser cabível o *habeas corpus* não apenas para analisar os aspectos formais do ato de sanção disciplinar militar privativa de liberdade, como também sob determinadas condições e em situações definidas discutir o mérito de tais sanções. Pois bem, na esteira das correntes doutrinárias e jurisprudenciais que reconhecem o cabimento do remédio heróico contra o ato de aplicação de sanção disciplinar militar privativa de liberdade, resta responder à seguinte indagação: qual a autoridade competente para apreciar a ordem de *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar militar? A resposta comporta algumas variantes. A chamada Reforma do Judiciário, levada a efeito pela Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004, alterou sensivelmente a competência da Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, sem, entretanto, promover alteração similar na competência da Justiça Militar da União.

Em decorrência da reforma constitucional, à Justiça Militar Estadual compete o julgamento de ações judiciais contra punições disciplinares militares, incluindo o julgamento de *habeas corpus* impetrados em razão de aplicação de sanção por transgressão disciplinar, sendo competente, nesse caso, o Juízo de Direito com atuação na Justiça Militar Estadual.

Não se promoveu, entretanto, a mesma alteração de competência com relação à Justiça Militar da União, havendo, pois, duas posições a respeito do tema, sem que se possa dizer que uma delas é a corrente majoritária.

O professor Jorge Cesar de Assis defende: “No nível federal, até que ocorra a conclusão da chamada Reforma do Judiciário, a competência para julgar pedido de HC em transgressão militar é da Justiça Federal”.<sup>18</sup> Sustenta o mencionado doutrinador:

A competência prevista no art. 469 do CPPM, em favor do Superior Tribunal Militar, refere-se, por enquanto, tão-somente ao remédio heróico invocado no decorrer do inquérito policial ou do processo penal militar ou, ainda, durante a execução da sentença.<sup>19</sup>

Com entendimento diverso, João Rodrigues Arruda, citado por Jorge Cesar de Assis, leciona:

Temos, indiscutível, que os atos administrativos disciplinares emanados de autoridade militar estão sujeitos ao controle jurisdicional, controle que pode ser provocado por meio de *habeas corpus* ou mandado de segurança, e ainda pela via ordinária.

Na primeira hipótese, a competência é do Superior Tribunal Militar, enquanto nos

17 SILVA, 2006, p. 738.

18 ASSIS, 2008.

19 *ibidem*, p. 195.

dois últimos casos a competência é da Justiça Federal, por força de disposição constitucional.

No mesmo diapasão é o magistério de Ricardo Henrique Alves Giuliani, a saber:

Dessa forma, jamais o juiz-auditor terá competência para julgar *habeas corpus* em que a autoridade coatora, por exemplo, o comandante de uma organização militar, aplica ilegalmente uma prisão disciplinar. Da mesma forma, não é competência da Justiça Federal comum.

Neste caso é competência originária do Superior Tribunal Militar (art. 6º, I, 'c' da Lei n. 8.457/92).<sup>1</sup>

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar vem entendendo ser competência daquela corte o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra o ato de prisão decorrente de transgressão militar, consoante se pode observar pelos arestos a seguir colacionados:

Ementa: *HABEAS CORPUS* – PUNIÇÃO DISCIPLINAR – SALVO-CONDUTO. Impetração sob a alegação de contínua perseguição e dupla punição pela mesma conduta, estando o paciente impedido de receber visitas e mantido incomunicável, mediante apurações eivadas de vícios. Requerida, liminarmente, concessão de salvo-conduto preventivo. Prova pré-constituída, contrariamente ao alegado, a configurar observância aos preceitos legais, estando os atos administrativos punitivos motivados. Preliminar indeferida em despacho monocrático. Demonstrado que a aplicação da punição disciplinar observou as formalidades legais. Não houve dupla punição pelo mesmo fato: incomunicabilidade e nem impedido de receber visitas. A competência desta Corte, definida pelo art. 124, c/c o art. 5º, inciso LVI, observada a restrição do art. 142, § 2º, todos da Constituição Federal, não abarca o mérito do ato administrativo punitivo, sendo certo que, *in casu*, a punição disciplinar foi aplicada pela autoridade militar competente, Comandante do paciente. Ordem denegada. Decisão unânime. STM n. 2006.01.034207-9/RJ, data da publicação 14/09/2006.

Ementa: *HABEAS CORPUS* – PRISÃO DISCIPLINAR – PRECEITOS LEGAIS. Impetração objetivando, liminarmente, a imediata soltura do paciente, preso disciplinarmente pelo Comandante do 2º BIL, e, no mérito, a anulação do processo referente à Apuração da Transgressão Disciplinar, por inobservância de preceitos legais. *Writ* submetido à jurisdição do MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Santos/SP, que declinou de sua competência em favor desta Justiça Militar da União. [...]. Denegada a ordem. Decisão unânime. STM Nº 2005.01.034099-8/SP, data da publicação 31/01/2006.

Em que pesem as judiciosas opiniões contrárias já citadas, filiamo-nos à corrente que defende a competência da Justiça Federal comum para o julgamento de *habeas corpus* impetrado em decorrência de transgressão militar.

Deveras, a Constituição da República atribuiu à Justiça Militar da União compe-

1 GIULIANI, 2007, p. 212.

tência exclusivamente criminal, nos termos do seu art. 124, parágrafo único, não podendo, assim, ter sua competência ampliada por norma infraconstitucional, razão pela qual entendemos que o disposto no art. 6º, inciso I, alínea “c”, da Lei n. 8.457/92, ao atribuir ao Superior Tribunal Militar o processamento e o julgamento de ordem de *habeas corpus*, deve ser interpretado *conforme a Constituição*, não se referindo a *habeas corpus* impetrado contra punição disciplinar militar.

Impende frisar que o Pretório Excelso, em decisão recente, entendeu por sua competência para julgar *habeas corpus* contra ato de punição por transgressão militar:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. *HABEAS CORPUS* CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º.

I – À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2º, da CF).

II – A legalidade da imposição de punição constrictiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes.

III – Não estando o ato sujeito à jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF).

IV - Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade.

V - HC prejudicado. (RHC 88543/SP – São Paulo. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 27/04/2007).

Até mesmo o egrégio STM, segundo informa Jorge Cesar de Assis,<sup>2</sup> em jurisprudência inovadora daquela Corte, datada de 27/09/2005, no *Habeas Corpus* 2005.01.034085-8/SP, impetrado em razão de punição disciplinar militar, com o voto condutor do Ministro Sérgio Ernerto Alves Conforto, reconheceu a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar matérias relativas a questões disciplinares em sua parte administrativa, remetendo os autos ao Juízo Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Entendemos justificáveis as críticas doutrinárias acerca da insegurança jurídica existente em razão da possível dualidade de jurisdição com relação ao julgamento de ações ajuizadas contra punições decorrentes de transgressões militares. Todavia, até que o Congresso Nacional aprove a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 358/05, que ampliará a competência da Justiça Militar da União, nos moldes da Reforma do Judiciário promovida pela EC 45/2004, a competência da Justiça Militar da União ficará restrita a matéria criminal, não podendo exercer o controle jurisdicional sobre punições disciplinares militares aplicadas aos membros das Forças Armadas.

2 ASSIS, 2008, p. 195. Nota de rodapé 302.

## 8. Conclusão

Ao fim dessas considerações, chegamos às seguintes conclusões:

I – A vedação à utilização do *habeas corpus* somente será possível para as transgressões disciplinares militares previstas em lei, uma vez que há reserva legal absoluta prevista na parte final do art. 5º, inciso LXI, da CF.

II – A exemplo do que ocorre em matéria criminal, as transgressões disciplinares militares sancionadas com a privação da liberdade deverão zelar pelos princípios da subsidiariedade, da taxatividade e da intervenção mínima.

III – O disposto no art. 5º, XXXV, da CF (inafastabilidade do controle jurisdicional), deve prevalecer, inclusive com a permissão do manejo do *habeas corpus*, quando a transgressão disciplinar tiver sido praticada por militar fora do exercício de uma das funções típicas das Forças Armadas, previstas no art. 142 da CF, a saber: defesa externa ou garantia da lei e da ordem.

IV – O § 2º do art. 142 da Constituição da República deve ser interpretado em consonância com a nova ordem constitucional, que prevê que as regras internacionais de direitos humanos têm o mesmo *status* constitucional das emendas à Constituição.

V – Em nenhuma hipótese os aspectos formais do ato administrativo (competência; forma; objeto; motivo; finalidade) que aplica uma sanção disciplinar de privação de liberdade poderão ficar imunes de apreciação pelo Poder Judiciário.

VI – A competência para o processamento e o julgamento de *habeas corpus* impetrado em razão de sanção disciplinar militar é da Justiça Federal, tendo em vista que à Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações disciplinares.

## 9. Referências

ARRUDA, João Rodrigues. *O uso político das Forças Armadas e outras questões militares*. 1. ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de direito disciplinar militar*. , Curitiba: Juruá, 2008.

———. *Direito militar*”. Curitiba: Juruá, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

———. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*”. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo* 16. ed. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

———. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. *Direito processual penal militar*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica/Luiz Flávio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRABETE, Julio; FABBRINI, Renato. *Manual de direito penal*. v. 1. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários a Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. Do cabimento do habeas corpus nas prisões disciplinares militares ilegais e abusivas. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3448>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

## Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da Cidadania Ativa

Felipe Dezorzi Borges\*

### 1. Introdução

Em maio de 2008, Maria Souza Pereira<sup>1</sup> compareceu à sede da Defensoria Pública da União do Rio de Janeiro (DPU-RJ) para narrar o falecimento de seu filho João Pereira Junior, nascido em 16 de janeiro de 2002, no município do Rio de Janeiro. Na oportunidade, apresentou atestado de óbito que indicava como *causa mortis* choque hemorrágico decorrente das complicações da dengue hemorrágica, transmitida pela picada do mosquito *Aedes aegypti*, uma vez considerada a epidemia de dengue que assolou o Estado do Rio de Janeiro no ano de 2008.

Em julho de 2007, a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais do Rio de Janeiro (Apae-RJ) procurou a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro para informar a suspensão do fornecimento do leite medicamentoso PKU, tipos 1, 2 e 3, a todos os pacientes do Estado do Rio de Janeiro cadastrados ou não naquela entidade. A Apae salientou a gravidade da situação, uma vez que o PKU é importado e custa aproximadamente R\$ 500,00 a lata, sendo o único remédio para o controle da *fenilcetonúria clássica*, uma grave doença que acarreta severo e irreversível retardo mental, podendo até ser fatal. As pessoas acometidas por essa enfermidade necessitam de cerca de quatro a oito latas por mês do PKU, dependendo da gravidade da doença.

Em meados de 2008, Maria da Glória procurou a Defensoria Pública da União no Distrito Federal asseverando ser portadora de neoplasia maligna de mama (CID10 C.50), do tipo carcinoma ductal infiltrante de mama esquerda. Disse, na oportunidade, que apresentava vários fatores de mau prognóstico, o que demanda o uso de inúmeros medicamentos e sessões de quimioterapia, considerando o risco de recidiva na ordem de 52%. Foi submetida à mastectomia radical e retirada de oito linfonodos sentinelas. Ocorre que o tratamento é traduzido através da aplicação de “ciclos” dos medicamentos Herceptin (trastuzumab), e a assistida não apresentava condições econômicas para sustentar a aplicação de aludido medicamento, em face do seu alto custo (R\$7.937,46), também não disponibilizado pelas farmácias de medicamentos excepcionais da capital federal. A casuística apresentada é paradigma da realidade de centenas de cidadãos brasileiros que procuram mensalmente as sedes das Defensorias Públicas de todo o país para narrar inúmeras deficiências do Estado na prestação de políticas públicas.

Trata-se de casos que demandam providências judiciais excepcionais, aptas à execução e ao implemento de políticas públicas e providências político-jurídicas, dos quais são exemplos os registros descritos a seguir.

\* Defensor Público Federal de Primeira Categoria  
Titular do 7º Ofício Regional Cível da DPU/DF/Primeira Categoria  
Especialista em Processo Civil pelo IDP

1 Nomes fictícios, a despeito da fidedignidade do caso.

Em 2008, a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, por meio do Ofício de Tutelas Coletivas, ajuizou a Ação Civil Pública 2008.51.01.004637-9, em trâmite na 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro, pugnando a abertura dos Postos de Assistência Médica e dos Postos de Saúde Municipais do Rio de Janeiro nos finais de semana, inclusive domingo, com funcionamento de 24 horas, para atendimento a todos os pacientes vítimas da dengue, até o término da epidemia, considerando as notórias omissão e negligência estatais no seu combate e o alto índice de fatalidade da epidemia. Na espécie, a liminar foi deferida pelo Juiz Federal para determinar que o Estado do Rio de Janeiro promovesse a abertura dos Postos de Assistência Médica e dos Postos de Saúde Municipais, com funcionamento de 24 horas, inclusive nos finais de semana, para atendimento de todos os pacientes vítimas da dengue, até o término da epidemia..

No ano de 2007, a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, por meio do Ofício de Tutelas Coletivas, ajuizou a Ação Civil Pública 2007.51.01.020475-5, em trâmite na 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, objetivando o restabelecimento do fornecimento do leite medicamentoso PKU, tipos 1, 2 e 3, a todos os pacientes do Estado do Rio de Janeiro cadastrados ou não na Apae-RJ. Impende gizar que o provimento antecipatório restou deferido em sede recursal, haja vista que nos autos do Agravo de Instrumento 2007.02.01.010265-8 a 5ª Turma especializada do TRF- 2ª Região deu provimento ao agravo de instrumento para determinar o fornecimento do leite medicamentoso na forma preconizada pela Defensoria Pública da União. A decisão restou assim ementada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL À SOBREVIVÊNCIA DOS PACIENTES. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO. PROVIDO O RECURSO. – Insurge-se a Agravante contra a decisão interlocutória de primeiro grau que, nos autos da ação civil pública ajuizada pela Agravante em face da UNIÃO FEDERAL, do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e do MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO, objetivando o pronto restabelecimento do fornecimento de leite medicamentoso PKU tipos 1, 2 e 3 devido desde o dia 25/07/07, nas quantidades necessárias a todos os pacientes que dele necessitam, conforme relação anexada aos autos, em virtude das sequelas advindas da ausência de ingestão do referido alimento, determinou a intimação dos entes públicos agravados, para que se pronunciem no prazo de 72 horas, em conformidade com o disposto no artigo 2º, da Lei n. 8347/92, após o que apreciará o pedido de liminar formulado pela Agravante. - Configurada a responsabilidade solidária da União, Estado e Município no fornecimento de medicamentos necessários à sobrevivência dos pacientes que deles necessite, na esteira do entendimento jurisprudencial já firmado no âmbito das Cortes Superiores Pátrias. - Demonstrada a impossibilidade de ser observada a regra constante da Lei n. 8437/92 à hipótese em exame, diante da premente necessidade dos pacientes receberem o leite medicamentoso, indispensável à sua sobrevivência. - Provido o recurso e agravo interno prejudicado.

Noutra banda, a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, por meio do

Ofício de Tutelas Coletivas, ajuizou a Ação Civil Pública 2007.51.01.017751-0, em trâmite na 8ª Vara Federal do Rio de Janeiro, objetivando a regularização dos setores de emergência de seis hospitais públicos na cidade do Rio de Janeiro em momento crítico, prévio ao evento do Pan-Americano 2007. Na ocasião, a tutela liminar restou deferida e ratificada em sentença para, dentre outros, julgar procedente o pedido para determinar à União Federal, ao Estado e ao Município do Rio de Janeiro o aumento do número de leitos, a recomposição das equipes de médicos e a compra de equipamentos e providências necessárias à solução dos problemas nas unidades hospitalares, bem como para que promovessem, no exercício de seu poder discricionário, respeitados os preceitos constitucionais e legais, as medidas necessárias à solução do déficit do quadro de servidores da rede de saúde pública do Estado do Rio de Janeiro.

Em 2008, a Defensoria Pública da União no Distrito Federal ajuizou Ação de Conhecimento (rito ordinário) 2008.34.00.034133-9, em trâmite na 8ª Vara Federal do Distrito Federal, para buscar o fornecimento de medicamento de alto custo em favor de assistido. Em decisão antecipatória da tutela, o magistrado deferiu o pedido liminar para determinar à União e ao Distrito Federal que providenciassem o fornecimento do medicamento Herceptin (trastuzumab) à cidadã, mantendo sua administração e seu aprovisionamento contínuos, na posologia indicada, enquanto durasse o tratamento.

Aludidos provimentos jurisdicionais, como listados, além de estarem justificados na inação do Estado quando do implemento de políticas públicas e, de certo modo, na ineficiência na consecução dos objetivos constitucionais pelo administrador, são próprios de uma novel postura ativa do Poder Judiciário, a qual tem dado margem a discussões acerca do papel do juiz como *coautor* de políticas públicas.

Desse modo, denomina-se ativismo judicial, ou judicialização da política, esse novo modo de dizer o direito pelo Poder Judiciário, ora fiscalizando, estabelecendo ou determinando a execução da lei, ora garantindo, esclarecendo, gerenciando e ordenando o cumprimento de políticas públicas, a fim de resolver problemas da realidade imediata, tal qual na casuística apresentada inicialmente.

Como se verá, porém, esse movimento ativo do juiz traz à baila a quebra de toda uma cultura jurídica até então amparada no positivismo – o qual impôs, durante séculos, graves limitações ao cenário jurídico pátrio, consubstanciada na aplicação mecânica das regras jurídicas – que sempre descurou para a possibilidade de uma postura ativa da sociedade na busca dos seus direitos constitucionalmente assegurados e o efetivo acesso à Justiça.

## 2. Ativismo jurídico

A jurisprudência mais autorizada dá sinais claros dessa nova compreensão crítica da lei e da necessidade de conformação valorativa do direito, a fim de resgatar a substância de justiça.

Consoante interpretação perfilhada pelo STJ, no Resp 881.323/RN, a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência no qual se deva operar a concreção jurídica,

deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.<sup>2</sup>

Não destoa a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:<sup>3</sup>

[...] esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da posituação destes "novos" direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.<sup>3</sup>

Esse postulado é também acolhido pela doutrina processualista contemporânea. Segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.<sup>4</sup> É nesse contexto que se insere o ativismo jurídico.

O notório comprometimento da integridade e da eficácia dos fins do Estado diante da reiterada omissão do legislador nacional na regulamentação dos direitos e das garantias constitucionais aliado à inação na execução de políticas públicas efetivas pelo administrador impõem ao Poder Judiciário, por meio de uma construção jurisprudencial valorativa, respostas imediatas à sociedade moderna para exigir do Estado inerte a promoção de ações e a execução de políticas que visem ao implemento desses direitos fundamentais do cidadão.

Como adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

É notório que os Parlamentos não dão conta das "necessidades" legislativas dos Estados contemporâneos; [...] As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados. [...] Ora, a incapacidade dos Parlamentos conduz à sua abdicação.<sup>5</sup>

Decorrência lógica é a forte pressão e a mobilização política da sociedade na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se designa como *ativismo judicial*.<sup>6</sup> Por conseguinte, o Poder Judiciário, uma vez provocado, sai da anterior condição de poder invisível e nulo, mera *vox legis*, para se tornar pensante, abstraindo e implementando, de modo ativo, os objetivos do Estado segundo a Constituição, sem ficar restrito à *frieza da lei*, mas à sua correta aplicação.<sup>7</sup>

2 Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 31/03/2008.

3 SARLET, 2001, p. 56-57.

4 MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 47.

5 FERREIRA FILHO, 2007, p. 285-287.

6 CITTADINO, 2002, 1, p. 17-42.

7 NÓBREGA, 2009.

Ocorre que esse processo de criação jurisprudencial tem despertado críticas. Imputa-se ao Poder Judiciário e ao mote ativista a possibilidade de violação do equilíbrio da repartição dos Poderes e das bases democráticas do Estado, a ponto de transfigurar o juiz em um substituto do legislador ou do administrador público. Em outras palavras, o ativismo jurídico seria uma espécie de arma, vantagem jurídica em prol de um Poder apto a violar toda uma deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, agindo como *regente republicano*.<sup>8</sup>

A defesa desta última posição, entretanto, tangencia o real debate.

É notória no estudo do direito a impossibilidade de ingerência entre os Poderes constituídos. É certo, ainda, que não se compraz na doutrina da *separação dos Poderes*<sup>9</sup> a possibilidade de criações legiferantes pela autoridade judiciária, tampouco seja chamado o Poder Judiciário a substituir a vontade do administrador público. Isso porque existem limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador,<sup>10</sup> já bastante conhecidos dos aplicadores do direito.

O que não se mostra crível nessa contenda empírica é titubear acerca do ativismo judicial no intuito de imputar-lhe feição negativa desenvolvida sob o signo da ingerência. Tratar o ativismo jurídico como sinônimo de *política* e *regulamentação*, atribuindo-lhe feição exclusiva usurpadora de competência, a despeito de fortuitos excessos, equivale a desconhecer seu verdadeiro alcance e o reforço à lógica democrática brasileira a justificar a própria inércia do Estado ante o inadimplemento dos seus objetivos fundamentais.

### 3. Ativismo social ou cidadania ativa

Leciona Jürgen Habermas: “O direito à positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos”.

E assenta:

O poder do Estado só adquire uma figura institucional fixa na organização das funções das administrações públicas. Peso e abrangência do aparelho do Estado dependem da medida em que a sociedade se serve do *medium* do direito para influir conscientemente em seus processos de reprodução. Tal dinâmica da autoinfluência é acelerada através dos direitos de participação que fundamentam pretensões ao preenchimento de pressupostos sociais, culturais e ecológicos para um aproveitamento simétrico de direitos particulares de liberdade e de participação política.<sup>11</sup>

A vontade política a que alude Habermas é aquela voltada à implantação de direitos e programas político-sociais.

Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais; em última análise, garantir a igualdade material entre

8 CITTADINO, 2004, p. 1518-6067.

9 Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu. *Do espírito das leis*, Livro V, Capítulo II.

10 STRECK; BARRETTO, et al., 2009.

11 HABERMAS, 1997, p. 171.

os componentes do corpo social. Seja abstendo-se ou não, há um dever do Estado em atuar positivamente na realização dos direitos de liberdade de primeira geração, assim como dos novos direitos (segunda geração).<sup>12</sup>

Para tanto, o Estado brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia.<sup>13</sup> Assim, a Constituição Cidadã deu expressão constitucional dirigente a uma série de compromissos, demandas sociais e garantias (maior parte judicial) para dar azo ao Estado Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Observa-se, de plano, o ativismo social e jurídico imposto pela Constituição Federal de 1988, voltado à modificação de uma cultura política e jurídica nacional, até então liberal e positivista. Logo, não surpreende a mobilização política da sociedade pela concretização daqueles direitos individuais ou coletivos. Uma vez abertos os tribunais ao cidadão, eles não podem deixar de dar resposta às demandas que lhes são apresentadas.<sup>14</sup>

Por conseguinte, a ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário corresponde ao incremento democrático-social dado pela Constituição Federal e está diretamente relacionada à transformação do acesso à Justiça, ou seja, à renovação de um sistema por intermédio do qual as pessoas efetivamente reivindicam seus direitos ou resolvem seus litígios.

Esta última ilação decorre da lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,<sup>15</sup> os quais assentam as *três ondas renovatórias* para a resolução do problema de acesso à Justiça, assim sintetizadas:

- a) *primeira onda*: assistência judiciária para os pobres;
- b) *segunda onda*: representação jurídica para os interesses difusos; e
- c) *terceira onda*: relacionada ao enfoque de acesso à Justiça ou modo de ser do processo.

Dos mesmos autores, anota-se:

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *Welfare State* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.<sup>16</sup>

Dessa maneira, o acesso à Justiça é requisito básico de todo um sistema jurídi-

12 GRINOVER, 2008, p. 9-28.

13 CITTADINO, 2002, p. 25.

14 CITTADINO, 2004, p. 108.

15 CAPPELLETTI, 1988, p. 31.

16 *Ibidem*, p. 11.

co moderno que garanta os direitos e proclame sua efetividade. A evolução do acesso efetivo à Justiça pela população está diretamente relacionada à consagração de direitos inscritos na Constituição Federal de 1988.

Nessa senda, o que surpreende o Estado Moderno, notadamente os Poderes constituídos, é a posição ativa da sociedade em conclamar direitos novos. Observa-se, hodiernamente, uma forte capacidade política do estrato social em apresentar seus casos de modo eficiente, o que, por si só, denota maior facilidade em transformar direitos em vantagens concretas às pessoas.

A evolução perfilhada é representativa da eliminação das primeiras barreiras do acesso à Justiça, como indicado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. O cidadão está exigindo e obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas rotineiras, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores seja como réus.<sup>17</sup>

Implicações práticas dessa percepção podem ser vislumbradas em diversos campos, como, por exemplo, nas ações afirmativas, nos direitos dos homossexuais, na igualdade política,<sup>18</sup> e, ainda, nas tutelas de saúde (coletivas e individuais), como consta da casuística apresentada.

Vive-se, hoje, a alteração de paradigmas. A movimentação proativa de uma sociedade em amadurecimento quanto aos seus *novos direitos* tem demandado respostas imediatas do Estado, notadamente do Poder Judiciário, a desestabilizar o antigo *estado* jurídico-cultural. Radicalismos desse movimento devem ser entendidos como o produto da transformação de uma nova ordem jurídica.

Por tudo, o Poder Judiciário, como expressão da sociedade ativa, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralidade de sua atividade;<sup>19</sup> pelo contrário, o juiz e os demais operadores do direito encontram-se vinculados à concretização dos direitos individuais ou coletivos.

Essa ampliação da postura ativa do Poder Judiciário, então denominada *ativismo jurídico*, não representa qualquer incompatibilidade com o atual regime democrático, mas, sim, efetiva renovação democrática do acesso à Justiça pelo exercício de uma cidadania ativa.

Na conclusão de Gisele Cittadino:

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre o Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.<sup>20</sup>

17 CAPPELLETTI, op. cit., p. 47.

18 MOTTA FERRAZ, 2007, p. 244.

19 GRINOVER, op. cit., p. 12.

20 CITTADINO, 2004, p. 110.

#### 4. A tutela coletiva ativa

A consecução dos escopos estatais não implementados adequadamente perpassa, como aludido, por um controle da política pública pelo Poder Judiciário ante a omissão da atuação administrativa. Sem que isso importe interferência na atividade dos Poderes Legislativo e Executivo, a resposta judiciária perpassa por um exame construtivo que visa à normatização do direito ao caso levado a efeito. Concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente.<sup>21</sup>

Essa tarefa hermenêutica, aliada a parâmetros constitucionais, sem embargo da possibilidade de impulso individual, vem sendo exercida, no cenário jurídico nacional, como melhor resposta aos direitos de massa, via tutela difusa ou coletiva, o que, de certo modo, diante de sua força transindividual, traveste o caráter regulatório da medida judicial buscada.

Essa tutela difusa ou coletiva, então representada processualmente pela Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 1965), pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 1985), pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), pelo Mandado de Segurança Coletivo (Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, e inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal de 1988), dentre outros, favorece os interesses em causa, a despeito de não vincular diretamente um grupo específico da sociedade. O objetivo da demanda não é resolver um litígio composto de fatos já acontecidos, mas editar um padrão de conduta para guiar o comportamento do réu futuro.<sup>22</sup>

Questões de política judiciária, então aliada à possibilidade de explosão da litigiosidade, favorecem o encaminhamento dos conflitos via tutela coletiva de direitos difusos. Do mesmo modo, como adverte Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, essas ações coletivas implicam:

(a) ampliação do acesso à Justiça, de modo que os interesses da coletividade, como o meio ambiente, não fiquem relegados ao esquecimento; ou que causas de valor individual menos significantes, mas que reunidas representam vultosas quantias, como os direitos dos consumidores, possam ser apreciadas pelo Judiciário; [...] (d) que as ações coletivas possam ser instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças em todos os nossos países ibero-americanos.<sup>23</sup>

Nesse íterim, as tutelas coletivas, especialmente representadas no cenário nacional pela utilização, em escala, das Ações Cíveis Públicas, trazem ínsito ao instrumento processual a ampliação do acesso à Justiça, logo, expressão da cidadania ativa.

Essa questão, ademais, assenta a segunda e a terceira ondas da efetivação do acesso à Justiça como defendido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, concernentes na

21 CITTADINO, 2002, p. 32.

22 COMPARATO, 1986, p. 14-22.

23 MENDES, 2006, p. 46-47.

representação dos interesses difusos, até então sem espaço na concepção tradicional de processo civil. Consoante o magistérios dos autores: “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos”. E mais além: “Entre outras coisas, nós aprendemos, agora, que esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis”.<sup>24</sup>

O acesso à Justiça engloba formas de procedimento. Em face disso, as tutelas coletivas surgem como propostas hábeis a dar vazão a esse movimento ativo amparado no ideal de efetivação dos *novos direitos*, agora à disposição das pessoas que antes os desconheciam e, assim, não os reclamavam diante das barreiras das demandas individuais.

Essa nova perspectiva do processo em larga escala encontrou no Poder Judiciário a possibilidade de provimentos transindividuais *quase-legislativos*, análogo à tarefa de demandar a execução de políticas públicas já estabelecidas na Constituição Federal ou em lei, ou adotadas pelo governo dentro dos quadros legais.<sup>25</sup>

## 5. Justificativa da casuística

Nesse contexto histórico e jurídico insere-se a casuística. As decisões prolatadas nos autos da Ação Civil Pública 2008.51.01.004637-9, em trâmite na 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro, do Agravo de Instrumento 2007.02.01.010265-8, da 5ª Turma Especializada do TRF-2ª Região, originária da Ação Civil Pública 2007.51.01.020475-5, em trâmite na 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, da Ação Civil Pública 2007.51.01.017751-0, em trâmite na 8ª Vara Federal do Rio de Janeiro, e da Ação Ordinária 2008.34.00.034133-9, em trâmite na 8ª Vara Federal do Distrito Federal, são ícones do *ativismo judicial e social*, como colacionado alhures.

Seja restabelecendo o fornecimento do leite medicamentoso, seja determinando o aumento do número de leitos, a recomposição das equipes de médicos, a compra de equipamentos ou tomando as providências necessárias à solução dos problemas de unidades hospitalares, seja determinando o imediato fornecimento de medicamentos de alto custo em favor de enfermo, seja determinando a abertura dos Postos de Assistência Médica e dos Postos de Saúde Municipais, as ordens judiciais trazem consigo carga judicial bastante para ativar o controle e a fiscalização de atos administrativos sem que isso represente interferência na atividade dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Ao contrário do que se poderia vislumbrar, esse exercício jurisdicional não transforma os tribunais em órgãos de poderes permanentes de alteração da Constituição ou gestores republicanos. Tampouco se permite, sob essa ótica, usurpação de competência constitucional. Trata-se, à evidência, de impor a execução de políticas públicas em consonância com o comprometimento constitucional atinente à integridade e às eficácias dos

24 CAPPELLETTI, op. Cit., p. 49-51, 69

25 COMPARATO, op. cit., p. 14-22.

direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

Sob esse ponto pesa a análise do Ministro Celso de Mello, do STF, *verbis*:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte –, que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), em flagrante violação à eficácia e à integridade dos direitos individuais ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusula revestida de conteúdo programático. (sem grifos no original).<sup>26</sup>

Ada Pellegrini Grinover bem resume o silogismo aferido na decisão do STF. Ela assenta alguns limites para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico, quais sejam:

- a) *o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão* (condições mínimas de existência humana que exigem prestações positivas do Estado para garantir a dignidade da pessoa humana);
- b) *a razoabilidade da pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público* (busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados);
- c) *a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas* (desde que devidamente comprovada, pois invertido o ônus probatório em desfavor do Estado).<sup>27</sup>

Nada obstante, a apresentação de requisitos não deve representar barreira a esse movimento jurídico de concretizar a Constituição por meio da valoração ativa de seus compromissos sociais, sob pena de minar a evolução do processo democrático e o efetivo acesso à Justiça.

26 STF, ADPF 45-9-DF, julgado em 29/04/2004.

27 GRINOVER, op. cit., p. 15.

Gisele Cittadino bem resume a questão:

Nos casos em que a história constitucional é marcada por rupturas e não por continuidades, quando não é possível apelar para uma “comunidade de destino” ou para a “confiança antropológica nas tradições”, o processo de “judicialização da política” deve representar um compromisso com a concretização da Constituição, através do alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Ao final, arremata: “Em outras palavras, quando não podemos recorrer a valores compartilhados ou conteúdos substantivos, temos a alternativa de substituir a *nação de cultura* pela *nação de cidadãos*”.<sup>28</sup>

## 6. Conclusão

Como visto, a comunidade jurídica nacional e os Poderes constituídos da República discutem, hodiernamente, os objetivos e os limites de signo denominado ativismo jurídico. Debate-se o bom ou o mal ativismo judicial. Discute-se o alcance do Poder Judiciário para valorar a jurisprudência e *imiscuir-se* na tarefa legiferante do legislador nacional e *produzir* políticas públicas em flagrante risco à democracia.

À evidência, a discussão descarta as origens desse movimento, que, em verdade, tem no âmago da sociedade civil suas bases proativas dirigidas à modificação da cultura política e jurídica nacional. Os questionamentos políticos dessa sociedade pela concretização de direitos individuais ou coletivos, levados aos Tribunais, ampliam a atuação do Poder Judiciário. Esse movimento, diretamente relacionado à realização da onda renovatória do acesso à Justiça por uma sociedade ativa e consciente de seus direitos, está vinculado a uma nova forma de dizer o direito, apartado do positivismo jurídico.

Novos direitos exigem novos mecanismos de processo que os tornem exequíveis. Em conta disso, as ações de tutelas coletivas apresentam estrutura processual apta a editar um padrão de conduta para guiar o comportamento do Estado e impor a execução de políticas públicas em consonância com o comprometimento constitucional conernente à integridade e à eficácia dos direitos fundamentais.

Outrossim, o ativismo jurídico não autoriza que o juiz se transforme em gestor republicano de políticas públicas, tampouco permite, sob essa ótica, usurpação de competência constitucional. Ativismo jurídico, como reflexo da postura ativa do cidadão, é garantia da eficácia e da integridade de direitos individuais e/ou coletivos jacentes na Constituição Federal.

O ativismo jurídico, dentro de limites ético-jurídicos, é representação democrática da renovação do acesso efetivo à Justiça diante de um exercício de cidadania ativa em prol dos direitos constitucionalmente assegurados.

Esse modo de dizer o direito, a despeito das críticas naturais de diversos setores, notadamente do Executivo e do Legislativo, ratifica uma nova cultura jurídica e, se não

28 CITTADINO, 2004, p. 110.

resolve, atenua os problemas da realidade imediata dos cidadãos, como aqueles mencionados na casuística introdutória.

## 7. Referências

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. 1. ed., v. 1. Belo Horizonte: Editora da UFMG/luperj/Faperj, 2002.

———. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2/3, n. 2/3, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novas funções judiciais no Estado moderno*. v. 614, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, , p. 14-22, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 164, p. 9-28, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. vol. I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro , 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. v. 1. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008.

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

MOTTA FERRAZ, Octávio Luiz. *Justiça distributiva para formigas e cigarras*. Novos Estudos Cebrap, n. 77. Rio de Janeiro, mar 2007.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: vinte anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. Quinze anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. A função política da jurisdição constitucional. Breves considerações sobre ativismo judicial, controle de constitucionalidade e judicialização da política. *Jus Navigandi* Tereina, ano 13, n. 2159, maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12910>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.

*Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2218, jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13229>>.

## O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário

Rômulo Coelho da Silva\*

A possibilidade do controle jurisdicional do ato discricionário é tema de muito debate. Discute-se até que ponto o Poder Judiciário pode revisar o ato da Administração Pública praticado sob a luz da discricionariedade. A Justiça admite o controle do ato discricionário pelo julgador desde que ele não reexamine o mérito, em razão do princípio da separação de Poderes.

A lei permite à Administração atuar discricionariamente para decidir, diante do caso concreto, pela solução que melhor atenda aos interesses da coletividade. Nem sempre o legislador tem como prever, quando confecciona a lei, qual seria essa solução. Cabe ao administrador público, com fundamento no juízo de conveniência e oportunidade, fazer a escolha apta a satisfazer a finalidade pública.

O ato discricionário tem de estar de acordo com a legalidade. A liberdade conferida pela norma não permite o arbítrio. A conveniência e a oportunidade têm limites. Embora a norma administrativa conceda essa liberdade de atuação ao administrador, o ato discricionário deve obedecer à previsão legal, bem como aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Os meios empregados pela Administração devem ser proporcionais para atingir a finalidade pública.

Alguns dos elementos do ato discricionário estão descritos na norma jurídica, quais sejam, competência, finalidade e forma.<sup>1</sup> Os demais, motivo e objeto, não estão descritos exaustivamente, demandando do administrador a complementação no caso concreto, limitado pela sua margem de liberdade. O ato discricionário é praticado com fundamento em três elementos concorrentes: margem de decisão do administrador, ponderação de valores e complementação da norma jurídica aberta.

O ato discricionário é aquele produzido pelo administrador público com suporte em norma que lhe confere a possibilidade de escolha entre várias soluções passíveis de serem adotadas no caso concreto, inspirado no interesse da coletividade e nos princípios constitucionais da Administração Pública.

No direito administrativo pátrio, por muito tempo prevaleceu o entendimento de que o ato discricionário era imune ao controle judicial. Recentemente, tem crescido a corrente defensora da possibilidade do controle da discricionariedade, especialmente no

---

\* Defensor Público Federal de Categoria Especial

1 Andreas Krell afirma que "para os (des) caminhos da doutrina brasileira nesse campo, certamente contribui a Lei da Ação Popular (n. 4. 717/65), que estabeleceu uma subdivisão dos atos administrativos em diferentes *elementos* e os conceituou. De acordo com essa classificação, a doutrina considera elementos 'sempre vinculados' a *competência* do ato (atribuição legal do órgão administrativo habilitado), a sua *forma* (revestimento exterior do ato) e a sua *finalidade* (resultado a ser alcançado com a prática do ato), enquanto o seu *motivo* e o seu *objeto* 'constituem a residência natural da discricionariedade administrativa' e podem agasalhar o *mérito* da decisão" (2004, p. 187-188).

que se refere à parte vinculada do ato (competência, finalidade e forma), não se podendo questionar o mérito (oportunidade e conveniência), por fazer parte da esfera de liberdade do administrador.<sup>2</sup>

A jurisprudência não admitia que o julgador pudesse realizar o controle do ato discricionário. No entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi evoluindo no sentido de aceitá-lo, permitindo ao magistrado analisar os pressupostos de fato justificadores do ato, ou seja, se os motivos justificadores da ação eram existentes e válidos, desde que o juiz não substituísse o administrador na escolha das opções previstas em lei, sob pena de violação do mérito do ato e da separação de Poderes. Nas palavras de Caio Tácito:

“Baseado na isenção jurisdicional quanto ao mérito do ato administrativo, a nossa jurisprudência conteve-se, por muito tempo, na verificação da legalidade extrínseca, entendendo inacessível ao conhecimento judicial a matéria de fato em que se louvasse a ação administrativa. Antonio Gonçalves de Oliveira arrolou, em trabalho publicado em 1945, a tendência então vitoriosa no Supremo Tribunal Federal no sentido do impedimento do exame da prova constante dos processos administrativos para a afirmação da legalidade do ato demissório” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. I, p. 193).

Evoluiu, no entanto, de modo louvável, a jurisprudência brasileira sobre tão importante meio de diagnóstico da regularidade administrativa. O Supremo Tribunal Federal, decidindo, em grau de embargos, a Apelação Cível n. 7.307, firmou o entendimento de que “a apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento”. (*Revista de Direito Administrativo*, vol. III, p. 69). “A partir dessa decisão, aliás já antecipada em pronunciamento anterior da 1ª Turma” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, p. 691),” o nosso pretório máximo tem admitido o exame da matéria de fato como forma de controle de legalidade de Administração” (*Revista Forense*, v. 121, p. 414; *Revista Administrativa*, vol. II, p. 124; *Arquivo Judiciário*, v. 105, p. 244; *Diário da Justiça*, 5-4-54, p. 1.169).<sup>3</sup>

Entretanto, Germana de Oliveira Moraes afirma que o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu ser o mérito do ato administrativo impassível de controle pelo Poder Judiciário, e que mesmo antes de 1988 aquela Corte entendia pela impossibilidade de análise

2 Como leciona Germana de Oliveira Moraes: “De início circunscrito ao controle dos aspectos vinculados do ato administrativo, ou seja, ao exame dos vícios de incompetência, de forma, desvio de poder, do erro de fato e do erro de direito, o controle jurisdicional da atividade administrativa – o denominado ‘controle mínimo’, no direito francês –, ampliou-se, pouco a pouco, de modo a alcançar, além daqueles aspectos predominantemente regrados pela lei, outros domínios, tidos tradicionalmente como insindicáveis pelos Tribunais. Os domínios de atuação administrativa não vinculada começaram a balizar-se não mais apenas pela legalidade, mas por outros parâmetros, fruto de criação e construção jurisprudencial, posteriormente positivados nos textos constitucionais e legais de diversos países, sem que, no entanto, jamais se chegasse ao ponto extremo de negar a existência de situações administrativas” (2004. p. 59).

3 TÁCITO, 1997, p. 331-332.

judicial do ato discricionário se estivesse de acordo com a lei:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior e posterior à Constituição de 1988, sempre se orientou precisamente no sentido da insindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo. Antes da Constituição de 1988, era afirmação corrente da Corte Suprema que “sendo legal o ato, não há como intervir o Judiciário no mérito do mesmo”. Após o advento da Carta Política de 1988, pode-se sintetizar o posicionamento da Corte Suprema do país, acerca dos limites da cognoscibilidade judicial dos atos administrativos, no teor da decisão proferida no Mandado de Segurança n. 20.999, julgado em 21/3/90, impetrado contra sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República. O Relator, Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, assinala que “a Constituição de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário”. Nada obstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A rule of law, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder”, mas reconhece, no âmbito do Direito disciplinar, que “o que os juízes e tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de Poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. [...], o que se lhe veda, nesse âmbito, é tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública”.<sup>4</sup>

Os tribunais pátrios passaram a fazer o controle do ato discricionário com base no princípio da legalidade e nos postulados da teoria dos motivos determinantes.<sup>5</sup>

4 MORAES, 2004. p. 59.

5 “O controle da legalidade evoluiu para verificar a existência real dos motivos determinantes da decisão administrativa, a importar no acesso à motivação expressa ou implícita do ato administrativo.

A motivação é, em certos atos, exigência legal de sua validade. Mesmo, porém, quando não exigida, cabe ao intérprete, atento aos antecedentes que condicionam a emissão do ato de vontade do administrador, verificar se os motivos são verdadeiros e aptos a produzir o resultado.

E, mais ainda, o exame da motivação do ato permitirá ao controle de legalidade avaliar se o nexo causal entre os motivos e o resultado do ato administrativo atende a dois outros requisitos essenciais: o da proporcionalidade e o da razoabilidade, que são igualmente princípios fundamentais condicionantes do poder administrativo.

O conceito de legalidade pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam *razoáveis*, e o objeto do ato, *proporcional* à finalidade declarada ou implícita na regra de competência” (TÁCITO, 1997. p. 326-327).”

O mérito não pode ser verificado pelo juiz, mas ele pode certificar a adequação do ato com a norma legal e a legitimidade, a existência e a idoneidade dos motivos justificadores.<sup>6</sup> Essa construção jurisprudencial tem prevalecido até hoje.

Com efeito, a jurisprudência tem admitido o controle judicial do ato administrativo discricionário quando há violação da legalidade. A revisão jurisdicional da discricionariedade feita pelo Judiciário restringe-se ao controle dos aspectos vinculados do ato, restando seu mérito imune à apreciação do Judiciário.<sup>7</sup> Cabe mencionar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ressalte-se, afinal, sublinhadamente, que o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades em abertas pela moldura normativa – nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como, quando, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei. Não há diferença entre uma e outra situação no que concerne à correção judicial cabível. Em ambos os casos o Judiciário pratica, desde logo, o ato de inteligência da lei, interpretando-a e confrontando-a com o caso concreto, para aferir se foi bem ou mal aplicada. Nenhuma diferença existe entre estas análises, e em ambas a extensão da investigação judicial é a mesma. Assim, tanto em uma como em outra, se for o caso, terá de concluir que o ato administrativo não é passível de censura porque a Administração atuou dentro da esfera legítima, isto é, dentro do campo de liberdade (intelectiva ou volitiva) que a lei lhe proporcionava, seja porque não excedeu a esfera de inteligência razoável de um conceito fluido, seja porque não se excedeu ao decidir que tal ou

6 Caio Tácito cita vários precedentes em que o antigo TFR já admitia o controle da discricionariedade: “São elucidativas as ementas de acórdãos em que esse alto órgão judiciário versou o tema: ‘não basta a existência do processo administrativo para justificar a demissão do funcionário; é necessário que a sua falta tenha sido apurada por aquele meio’ (emb. Ap. Cível n. 1.335, *Revista de Direito Administrativo*, v. 24, p. 143); ‘fundado o ato de demissão, há que examinar a procedência do fundamento e sua conformidade com a legislação aplicada’ (Ap. Cível n. 1.346, *Revista de Direito Administrativo*, v. 25, p. 92); ‘o Poder Judiciário, nos executivos fiscais, examina o ato administrativo em seu próprio merecimento, isto é, afirma ou nega a existência do próprio fato’ (Ap. Cív. n. 446, *Revista de Direito Administrativo*, v. 15, p. 109); ‘é lícito ao Judiciário perscrutar, esquadriñar a justa causa do ato demissório’ (Rec. Seg. 614, *Diário da Justiça*, 17-7-51, p. 1.758); ‘o critério de legalidade envolve, em termos, o mérito do ato demissório em si, inconfundível com a apreciação do mérito do processo administrativo’ (Ap. Cív. n. 2.377, *Diário da Justiça*, 14-5-51, p. 1.210)” (TÁCITO, 1997. p. 332).

7 Robert Alexy cita que, na Alemanha, “o legislador dedicou ao problema a ser aqui discutido, abstraindo-se de exceções como o § 73 LVwG Schl.-H (Lei Administrativa Estadual do Estado de Schleswing-Holstein), somente poucas palavras”. O § 114 VwGO (Lei Processual Administrativa) ordena ao tribunal administrativo examinar, em atos discricionários, “se o ato administrativo é antijurídico, porque os limites legais do poder discricionário estão excedidos ou do poder discricionário é feito uso em uma forma não correspondente à finalidade da autorização e observar os limites legais do poder discricionário”. Poder-se-ia achar que o problema dos vícios no exercício do poder discricionário esteja resolvido em uma forma simples com as fórmulas contidas nessas prescrições, a fórmula da finalidade e a fórmula dos limites. Ao mandamento de exercer o poder discricionário correspondente à finalidade da autorização corresponde, como vício, o exercício do poder discricionário que não corresponde à finalidade da autorização, e ao mandamento de observar os limites legais do poder discricionário corresponde, como vício, o exercício do poder discricionário que não observa os limites do poder discricionário. Uma olhada na literatura basta, contudo, para destruir esta primeira impressão de clareza e simplicidade. Em toda a parte existe uma desordem terminológica e uma oferta excessiva de definições e classificações, muitas vezes difícil de compreender...” (2000 p. 11-46).

qual comportamento era o mais conveniente e oportuno, por ter se mantido dentro dos limites da razoabilidade. Assim, também nisto se confirma a total parificação jurídica das situações [grifo no original].”<sup>8</sup>

O STF, analisando o tema, decidiu que a criação de cargos de confiança de assessoramento parlamentar viola o princípio da proporcionalidade, por desrespeitar a exigência de concurso público prevista na Constituição Federal. Os cargos em comissão não podem ser a regra. Considerou-se que, embora se trate de uso da discricionariedade, cabe ao Judiciário analisar as causas, os motivos e a finalidade do ato. Assim, restou ementado o acórdão:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I – Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II – Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III – Agravo improvido.<sup>9</sup>

A revisão judicial do ato administrativo discricionário pode ser realizada com base na proporcionalidade e na razoabilidade, considerados como princípios constitucionais implícitos. Os meios utilizados devem ser proporcionais e razoáveis para atingir a finalidade pública. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são instrumentos de interpretação do magistrado quando faz o controle do ato discricionário. Com isso, busca-se coibir o excesso da atuação administrativa e o desvio de poder.

## Conclusão

A previsão do ato discricionário busca permitir que o administrador, com base em juízo de conveniência e oportunidade, possa optar pela melhor solução que atenda ao interesse público, pois, diante do caso concreto, nem sempre o legislador pode prever a melhor alternativa para satisfazer a coletividade. No entanto, em nome da discricionariedade, às vezes ocorrem abusos da Administração Pública.

Embora o mérito do ato discricionário seja imune ao controle judicial, é permitido ao juiz verificar a adequação entre os meios e os fins, conforme entendimento do STF. Os atos da Administração devem estar de acordo com a proporcionalidade e a razoabilidade. Esses princípios limitam a oportunidade e a conveniência do administrador.

Portanto, a jurisprudência admite o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário sob a condição de o julgador não invadir o mérito, podendo examinar os elementos vinculados, ou seja, competência, finalidade e forma. Cabe ao magistrado verificar se o administrador não violou a legalidade. Embora o exame do mérito do ato

8 BANDEIRA DE MELO, 2007. p. 27.

9 RE 365368 AgR/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/05/2007, DJ de 29/06/2007, p. 49.

discricionário seja vedado ao Judiciário, é admitida a análise pelo juiz da existência e da validade dos motivos justificadores da conduta da Administração.

## Referências

ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 779, p. 11-46, 2000.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

———. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2002.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista Esmafe* (Escola da Magistratura Federal da 5ª Região), n. 8, p. 177-224, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 1, n. 2, p. 7-50, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*.v.1. São Paulo: Renovar, 1997.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.

## Peça Processual: Ação Civil Pública do ENADE.

Carlos Eduardo Regílio Lima\*

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Doutor(a) Juiz(íza) Federal da \_\_\_\_ Vara Federal de Salvador, Seção Judiciária do Estado da Bahia.

**URGENTE**

A **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, por seu órgão de execução abaixo assinado, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, dispensada a apresentação de mandado, nos termos do art. 44, XI da LC 80/94, e com base na Lei nº 11.448/07, com endereço para intimações/notificações impresso abaixo, vem ajuizar a presente

### **AÇÃO CIVIL PÚBLICA com pedido de medida liminar**

em desfavor da **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço na av. Tancredo Neves, 450, ed. Suarez Trade, 28º andar, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41.820-020, pelos fundamentos factuais e jurídicos a seguir deduzidos.

#### **I. Síntese Factual**

Trata-se de ação civil pública, *com pedido de medida cautelar*, em desfavor da União com o fim de questionar a **legalidade**<sup>1</sup> do **art. 28, caput**, da **Portaria nº 2.051**<sup>2</sup>, de 09 de julho de 2004<sup>3</sup>, do Ministro de Estado da Educação, que prevê no referido art. que:

*“O Enade é componente curricular obrigatório dos cursos de graduação, sendo o registro de participação condição indispensável para a emissão do histórico, escolar, independentemente do estudante ter sido selecionado ou não na amostragem”.*

\* Defensor Público Federal de Segunda Categoria  
Membro do Conselho Superior da Defensoria Pública da União  
Titular do 5º Ofício Regional Cível da DPU/BA

1 “No estágio atual do Direito Administrativo, o Poder Judiciário não se poderia furtar à declaração de nulidade de absurdos evidentes” STJ, REsp 21.923-5, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.  
2 Regulamenta os procedimentos de avaliação do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SI-NAES), instituído pela Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004.  
3 DOU 131, 12/07/2004, Seção 1, p. 124.

Frise-se, desde já, que o ENADE objetiva a avaliação do Ensino Superior e não de seus alunos individualmente<sup>4</sup>, além de que **a própria Lei que instituiu este sistema de avaliação (Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004) não<sup>5</sup> prevê qualquer tipo de punição para os alunos que não participarem da avaliação.**

Cumpra-se em destaque, desde já, o entendimento do **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**<sup>6</sup>:

*“O objetivo do ENADE, sendo uma etapa do SINAES (Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior), é avaliar os cursos e as instituições de ensino superior, não necessariamente seus alunos. A Lei nº 10.861/04, que o instituiu o referido sistema, não prevê nenhum tipo de penalidade ao aluno que não participa da avaliação, apenas estabelece que deve constar no histórico escolar a sua situação de regularidade com o ENADE.*

Ademais, não é razoável condicionar a colação de grau e a emissão do histórico escolar à participação no ENADE, pois tal conduta **malfeire**, a não mais poder, os **princípios da legalidade, isonomia e da razoabilidade**, enfatizando-se que este exame **não** possui a finalidade de avaliar **individualmente** os alunos<sup>7</sup>, mas, tão-só examinar a qualidade do ensino superior.

## II. DO DIREITO: Questões processuais relevantes e fundamentos do pedido

### II.1. PRELIMINARES

#### a) Legitimidade ativa da Defensoria Pública da União e prerrogativas processuais

A Defensoria Pública tem por função institucional a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. É instituição essencial à função jurisdicional do Estado, justamente por garantir o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, conforme assegura o art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal, intrinsecamente ligado ao direito fundamental do **acesso à justiça**, consagrado no **art. 5º, inc. XXXV, da CF**.

Ademais, nos termos do **art. 4º, IX da Lei Complementar nº 80/94**, é **função institucional** da Defensoria Pública, dentre outras:

*“assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes”.*

No intuito de abrigar a idéia inerente ao reconhecimento da legitimidade para o

4 TRF1, 6. T, REOMS 200733000074553/BA, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 10/03/2008, p. 217.

5 TRF1, 6. T, AMS 200533000026332/BA, Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 28/05/2007, p. 67.

6 TRF4, 3. T, AMS 200671140039515/RS, Rel. Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 12/09/2007.

7 Os estudantes ingressantes e concluintes em situação irregular no ENADE deverão, tão-só, regularizar a situação participando do próximo ENADE, tal como previsto na Portaria Normativa nº 3, do Ministro de Estado da Educação, de 1º de abril de 2008.

ajuizamento de demandas coletivas pela Defensoria Pública, e harmonizar a aplicação do Código Consumerista, aplicável ao presente caso concreto, o legislador pátrio alterou, por meio da **Lei nº 11.448/07**<sup>8</sup>, a redação do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando explicitamente a propositura da ação coletiva pela Defensoria Pública.

Relembre-se, por oportuno, que a **Defensoria Pública da União** goza da prerrogativa de todos os **prazos processuais em dobro e intimação pessoal** em qualquer grau ou instância, art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/94.

## **b) Abrangência territorial da decisão: âmbito nacional<sup>9</sup>**

O art. 16 da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 9.494/97, limitou a competência do juiz de primeira instância para julgamento das ações civis públicas, estabelecendo que “a *sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator...*”.

O art. 2º-A da última Lei citada prescreve:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

No entanto, a limitação territorial aos limites subjetivos da coisa julgada não pode ser aplicada às ações coletivas. **Ao restringir** a abrangência dos efeitos da sentença de procedência proferida em ação civil pública aos limites da competência territorial do órgão prolator, a Lei 9.494 de 10.09.1997 **confundiu** os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes* com os da jurisdição e da competência, que nada tem a ver com o tema.

A **interpretação literal** - e **equivocada** - do dispositivo aludido significa que, se diversos atos iguais ou semelhantes, que produzem idênticos efeitos, são praticados em vários Estados ou Municípios, a competência deve ser dos vários juízes, cada um competente em relação aos atos praticados e danos sofridos na sua comarca (Justiça Estadual) ou subseção judiciária (Justiça Federal). Assim, não poderia ser admitido que ocorra a extensão da competência de qualquer juiz, para que a sua sentença proferida *erga omnes* alcance os réus em todo o território nacional.

Dessa forma, a decisão do juiz na ação civil coletiva ficaria restrita aos limites territoriais de sua competência, não podendo abranger todo o território nacional ou outro, não integrante de sua jurisdição. **Todavia**, a norma aludida não pode assim ser interpretada.

8 Mesmo antes da promulgação da Lei nº 11.448/07, o Superior Tribunal de Justiça (REsp 555.111, Rel. Min. Castro Meira) já reconhecia a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, nos seguintes termos: “*Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a consequente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes*”.

9 Conferir: sentença exarada na ação civil pública nº 2007.70.00.012772-0/PR.

O **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**<sup>10</sup> decidiu no sentido de que a competência referida não está ligada à organização judiciária, mas, à extensão do dano:

“(…) A regra do art. 16 da Lei 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei 8.078/90, entendendo-se que os “limites da competência territorial do órgão prolator”, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas, sim, aqueles previstos no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim: a) quando o dano for de âmbito local, isto é, restrito aos limites de uma comarca ou circunscrição judiciária, a sentença não produzirá efeitos além dos próprios limites territoriais da comarca ou circunscrição; b) quando o dano for de âmbito regional, assim considerado o que se estende por mais de um município, dentro do mesmo Estado ou não, ou for de âmbito nacional, estendendo-se por expressiva parcela do território brasileiro, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada (…)”.

Adotando-se interpretação diversa da exposta, seria necessário reconhecer a inconstitucionalidade da limitação da atuação jurisdicional, com base no **art. 5º, XXXV**, da **CF**, uma vez que a própria Carta Magna reconhece o direito à ação coletiva, podendo reunir, como substituídas, pessoas com sede em vários Estados da federação.

Portanto, dependendo do caso concreto, os efeitos da decisão podem abranger todo o território nacional ou local diverso da jurisdição do juízo, quando o dano se perpetuar por todo o território nacional ou não estiver adstrito a uma única região, independentemente da sede de cada um dos substituídos ou interessados.

*In casu*, como se trata de ação proposta em desfavor da União, versando sobre o ENADE, que é uma das etapas do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, a qual se realiza em quase todos os municípios brasileiros, **o alegado dano se perpetua por todo o território nacional**, não estando adstrito apenas a uma região; **portanto, a decisão a ser proferida nestes autos deve abranger todo o território nacional**, e não apenas o âmbito da jurisdição desse MM. Juízo.

## II.2 MÉRITO

### a) Primazia principiológica e normativa da Constituição Federal

A interpretação da norma constitucional deve partir das linhas mestras que sustentam a teoria geral da interpretação, mas devotando, sempre, total subserviência ao texto constitucional, sob pena de padecer de inconstitucionalidade.

Afinal, a Constituição, conforme **Alexandre de Moraes**, “*deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estrutura do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder*”

10 Nesse sentido, conferir: AG 2006.04.00.026331-1/SC, rel. Min. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJU 01/11/2006, p. 766/768.

de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos”<sup>11</sup>.

Nada mais é, portanto, do que o *marco fundante*<sup>12</sup> de todo ordenamento jurídico que irradia sua força normativa para todos os setores do Direito, ou seja, “é o *Direito primordial, porquanto condiciona os demais*”<sup>13</sup>.

Tal condicionamento equivale dizer que “*todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal*”<sup>14</sup>.

Destaca **Celso Bastos**<sup>15</sup>:

*“Aos princípios, sempre a primazia. Às exceções, alcance restritíssimo. Esta é a regra basilar para a compreensão do complexo normativo formador do Texto Maior”.*

**A respeito, sábias são as lições do eminente Ministro Celso de Mello**<sup>16</sup>:

“A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo”.

Aliás, todos os operadores do direito, em especial o magistrado, exercem decisivo papel de verificação de compatibilidade da norma infraconstitucional, material ou formal, ao compará-la com o Texto Magno. “*Ele não deve ser um autômato aplicador da lei, mas sim o mais crítico intérprete, sempre com os olhos voltados para os direitos fundamentais conquistados a duras penas, em um Estado constitucional de Direito*”<sup>17</sup>.

Assim sendo, “*a interpretação da lei deverá ser realizada sempre conforme a Constituição e que o juiz nunca deverá sujeitar-se à lei de maneira acrítica e incondicionada, senão sujeição de tudo à Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação sem sentido constitucional e a denúncia da sua inconstitucionalidade*”<sup>18</sup>.

Nesse sentido, é a diretriz jurisprudencial do **Supremo Tribunal Federal**<sup>19</sup>:

“Interpretação diversa da que ora se sustenta é incorrer em equívoco corriqueiro de hermenêutica jurídica, qual seja, a de buscar interpretar norma constitucional em harmonia com texto de legislação infraconstitucional, e não o contrário, como é de se esperar em face do princípio da supremacia da Constituição Federal”.

Com efeito, a finalidade dos direitos sociais, nos termos constitucionais, é a **re-**

11 *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 36.

12 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* - parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

13 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 344.

14 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito positivo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.

15 *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2000, p. 298.

16 STF, Pleno, MS 24458 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/02/2003.

17 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías; la ley Del mas débil*, p. 26 *apud* GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 109.

18 *Ibidem*. p. 109.

19 STF, Pleno, RE 210603/CE, Rel. Min Sydney Sanches, DJ 13/09/1999, p. 00017.

**dução e eliminação da pobreza e da marginalização social**, coadunando-se com os **objetivos** da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º: “**construir uma sociedade livre, justa e solidária**” (inc. I); “**erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais**” (inc. III); e com o postulado da **dignidade da pessoa humana** (CF, art. 5º, inc. III).

A Constituição Federal e, por conseguinte, a sua força normativa, deve prevalecer, garantindo-se o **postulado do direito à educação** consagrado no art. 205 e ss. da Constituição Federal, visando ao **pleno desenvolvimento da pessoa**, seu preparo para o **exercício da cidadania** e sua **qualificação para o trabalho (CF, art. 205)**, de modo que deve ser reconhecida a **procedência** dos pedidos adiante formulados.

Cabível aplicar, **em última análise**, o **art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil**<sup>20</sup>, que diz: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”. (grifou-se).

Com efeito, o “**bem comum**” colimado é, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.861/2004, “**a melhoria da educação superior, a orientação da expansão da sua oferta, o aumento permanente da sua eficácia institucional e efetividade acadêmica e social, e especialmente a promoção do aprofundamento dos compromissos e responsabilidade sociais das instituições de educação superior (...)**”, respeitando-se, por certo, os **princípios da legalidade, isonomia, razoabilidade**.

No ponto, cumpre assinalar o magistério doutrinário de **Ives Gandra da Silva Martins Filho**<sup>21</sup>, para quem:

“a primeira noção básica para se compreender o bem comum é a de finalidade ou causa final. ARISTÓTELES, quando estudava o tema da causalidade, como explicativa do ser das coisas (a ciência seria o conhecimento certo através das causas), reduziu todas as possíveis causas a 4 espécies:

- Causa Material - do que a coisa é feita (matéria, como princípio comum);
- Causa Formal - qual a essência da coisa (o que a distingue das demais);
- Causa Eficiente - qual a origem ou motor que colocou a coisa em movimento;
- Causa Final - qual o fim ou objetivo da coisa.

*Destaca entre as 4 precisamente a última, a causa final, como a que melhor explica o ser das coisas: para que serve ou qual o fim para o qual existe. Para se compreender a noção de bem (bondade das coisas), a noção de finalidade representa um papel fundamental*” (grifou-se).

Assim, a **interpretação teleológica** da Lei nº 10.861/2004, revela que a norma não se limita ao resguardo dos interesses do ENADE. Seu escopo definitivo é a avaliação

20 Nesse contexto, pertinente consignar a diretriz jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: “É cediço que, ao aplicar a lei, o julgador não deve restringir-se à subsunção do fato à norma, mas sim, estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento e aos fins sociais a que a lei se dirige (art. 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil).” STJ, 2. T, REsp 757197/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 19.09.2005, p. 310.

21 O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público, Rev. Jur., Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

dos cursos e as instituições de ensino superior, não seus alunos isoladamente.

## b) Direito à educação

O **direito à educação**, amparado constitucionalmente como **direito de todos e dever do Estado e da família**, deve ser promovida e incentivada, visando ao **pleno desenvolvimento da pessoa**, seu preparo para o **exercício da cidadania** e sua **qualificação para o trabalho** (CF, art. 205).

Ademais, ainda nos termos constitucionais, o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a **garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino** (art. 208, V) bem como se visa à **articulação e a integração** das ações do Poder Público que conduzam à **universalização do atendimento escolar e formação para o trabalho** (art. 214, II e IV).

Com efeito, a **Lei nº 9.394/1996**, que estabelece as **diretrizes e bases da educação nacional**, prevê como princípio e objetivo, a educação como “*dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade 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 9.394/1996, tem como finalidade, entre outras, “*formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua*” (art. 43, II), e será “*ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização*” (art. 45).

## c) Ofensa aos Princípios da legalidade e da isonomia

Afirma o **art. 5º, I, da Constituição Federal** que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*, que, como ressalvado por **Fábio Konder Comparato**<sup>22</sup>, “*tem por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal*”.

No mesmo sentido aduz **Celso Antônio Bandeira de Mello**<sup>23</sup>:

“1. *Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art. 5º., caput – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.*”  
(grifou-se)

“2. *O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante*

22 *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59.

23 *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 9.

*a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”.*

Assevera **Manuel Gonçalves Ferreira Filho**<sup>24</sup> que

“Se igualdade consiste no tratamento igual para os iguais, desigual para os desiguais, **a lei desarrazoada desigual, arbitrariamente, os indivíduos.**” (grifou-se).

Em conclusão, a essência do princípio da isonomia “*revela a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas*”<sup>25</sup>.

É que o **ENADE** compõe o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes), criado pela **Lei nº 10.861** e é formado por três componentes principais: a avaliação das instituições, dos cursos e do desempenho dos estudantes. O Sinaes avalia todos os aspectos que giram em torno desses três eixos: o ensino, a pesquisa, a extensão, a responsabilidade social, o desempenho dos alunos, a gestão da instituição, o corpo docente, as instalações e vários outros aspectos.

Ele (**Sinaes**) possui uma série de instrumentos complementares: auto-avaliação, avaliação externa, Enade, Avaliação dos cursos de graduação e instrumentos de informação (censo e cadastro). Os resultados das avaliações possibilitam traçar um panorama da qualidade dos **cursos e instituições** de educação superior no país.

Com efeito, os §§ 1º e 2º, do art. 5º, da Lei nº 10.861, prescrevem que o ENADE “*será aplicado periodicamente, admitida a utilização de **procedimentos amostrais***” e que “*a periodicidade máxima de aplicação do ENADE aos estudantes de cada curso de graduação será **trienal***”.

**E mais.** Nos termos do § 9º, do aludido art. 5º, “*Na divulgação dos resultados da avaliação é vedada a identificação nominal do resultado individual obtido pelo aluno examinado, que será a ele exclusivamente’ fornecido em documento específico, emitido pelo INEP*”.

**Em suma:** além de ser **periódico** e por **amostragem**, veda-se a identificação nominal do resultado individual obtido pelo examinando, sob pena de indevidamente compará-lo às matérias regulares ministradas nos respectivos cursos, o que não se mostraria razoável.

Assim, **o ENADE, em verdade, visa examinar as instituições de ensino superior**, que se dá, por óbvio, através de aplicação de exames aos alunos, mas, repita-se, aquelas (instituições de ensino), e não estes (alunos) é que são avaliados.

E mais. **Não** há na Lei nº 10.861/2004 disposição no sentido de **condicionar** a colação de grau e expedição de diploma apenas aqueles que realizarem o exame ou que forem dele dispensados pelo órgão competente.

24 *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 1995. p. 80.

25 STF. 2. T. AI 207.130-1/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 03.04.98, p. 45.

<p><b>Lei nº 10.861/2004</b>, de 14 de abril de 2004, <i>que institui o Sistema Nacional de Avaliação da educação Superior – SINAES e dá outras providências.</i></p>	<p><b>Portaria nº 2.051</b>, de 09 de julho de 2004, do Ministro de Estado da Educação, <i>que regulamenta os procedimentos de avaliação do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), instituído pela Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004.</i></p>
<p><b>Art. 5º, § 5º:</b></p>	<p><b>Art. 28, caput:</b></p>
<p>“O ENADE é componente curricular obrigatório dos cursos de graduação, sendo inscrita no histórico escolar do estudante somente a sua situação regular com relação a essa obrigação, atestada pela sua efetiva participação ou, quando for o caso, dispensa oficial pelo Ministério da Educação, na forma estabelecida em regulamento”.</p>	<p>“O ENADE é componente curricular obrigatório dos cursos de graduação, <b>sendo o registro de participação condição indispensável para a emissão do histórico escolar</b>, independentemente do estudante ter sido selecionado ou não na amostragem”. (grifou-se).</p>

Com efeito, os estudantes ingressantes e concluintes em **situação irregular** no ENADE deverão, tão-só, **regularizar** a situação participando do **próximo ENADE**, tal como previsto na **Portaria Normativa nº 3<sup>26</sup>**, do Ministro de Estado da Educação, de 1º de abril de 2008:

“Art. 7º Os estudantes ingressante e concluintes em situação irregular nas edições anteriores do ENADE deverão regularizar sua situação no ENADE 2008.

§ 1º Caberá às respectivas IES, no período de 02 a 20 de junho de 2008, a inscrição dos estudantes em situação irregular no ENADE 2004, 2005, 2006 ou 2007”.

Assim, patente o **malferimento do postulado constitucional da legalidade** (CF, art. 5º, II), que assegura que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, quando se condiciona a participação no ENADE para a emissão do histórico escolar.

#### **d) Inocorrência de correlação lógica entre fator de discrimen e a desigualdade procedida**

Precisa é a clássica lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>27</sup>**, para quem:

*“O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.”*

*“De révés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado”.*

26 DOU 63, 02/04/2008, Seção 1, p. 13.

27 *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 37/39.

Disse ainda que,

*“Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar correlação lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia”.* (grifou-se)

Vê-se, cristalinamente, que, por ter caráter periódico e ser feito por amostragem, não poderia o ENADE, e por absoluta falta amparo legal e por ser destituído de correlação lógica entre fator de discrimen e a desequiparação procedida, impedir a colar grau e a concessão de diploma de qualquer concluinte de curso de ensino superior.

## e) **Ofensa ao postulado da razoabilidade**

**Discrepa da razoabilidade** norteadora dos atos da Administração Pública impedir que a um estudante de ensino superior cole grau por não ter realizado o ENADE, com base, tão-somente, em portaria ministerial.

**Com efeito**, o princípio em questão impõe que as normas sejam adequadas para os fins a que se destinam, sejam os meios mais brandos para a consecução destes fins e gerem benefícios superiores aos ônus que acarretam.

Assim sendo, tais gabaritos **ferem** visceralmente o princípio da razoabilidade, por não se pautarem em critérios adequados, vale dizer, em consonância com os objetivos constitucionalmente colimados.

Na ordem infraconstitucional, validamente, a **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999, dispõe em seu art. 2º, que:

*“A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência**”.* (grifou-se)

No parágrafo único, inciso VI, do supracitado artigo, consta que a Administração Pública deve observar, entre outros, o critério de:

*“**adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público**”* (grifou-se)

Também nesse sentido é o magistério doutrinário de **Alexandre de Moraes**<sup>28</sup>, ao se referir ao princípio da razoabilidade, diz que:

*“O princípio da razoabilidade, como vetor interpretativo, deverá pautar a atuação discricionária do Poder Público, garantindo-lhe a constitucionalidade de suas condutas e impedindo a prática de arbitrariedades.”*

O mesmo entendimento é partilhado por **Manuel Gonçalves Ferreira Filho**<sup>29</sup>,

28 *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 113.

29 *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 112.

que, citando **Gilmar Ferreira Mendes**, afirma:

*“(...) entende que toda restrição ou ônus a ser imposto ao particular deve, em primeiro lugar, corresponder a um princípio de adequação (ser apta a atingir os objetivos pretendidos). Mas não só. Deve também ser não gravosa (obrigatoriamente deve preferir o caminho que menos pese sobre o atingido), o que significa que exigências desnecessárias, porque excessivas – desproporcionadas, pois -, são inconstitucionais, devendo sempre a autoridade usar do meio mais adequado. Disso resulta uma **exigência de proporcionalidade entre os fins e conseqüências, da qual dependerá a validade da medida**”.* (grifou-se).

### III. JURISPRUDÊNCIA

*“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES - ENADE. LEI Nº. 10.861/04. NÃO SUBMISSÃO. IMPEDIMENTO À COLAÇÃO DE GRAU. PENALIDADE DESPROPORCIONAL. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA.*

*I - Excepcionalmente, no caso, há de se reconhecer a desnecessidade de submissão da impetrante ao Exame Nacional de Desempenho de Estudantes - ENADE, junto ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, primeiramente, em razão de não ser ele a única forma de avaliação dos estudantes, e, também, por se admitir a adoção de procedimentos amostrais na sua realização (art. 5º, §2º), **afigurando-se desproporcional e incompatível com os próprios objetivos do ENADE atrasar demasiadamente a colação de grau da impetrante, mormente, na espécie, em que não se verifica qualquer prejuízo à Universidade e/ou a terceiros.***

*II - Ademais, na espécie, há de ser preservada a situação de fato amparada por decisão judicial, proferida há quase 01 (um) ano, que, liminarmente, garantiu a colação de grau, com os conseqüentes efeitos, objeto do presente writ, sendo desaconselhável a sua desconstituição.*

*III - Apelação e remessa oficial desprovidas”.*

TRF1, 6. T, AMS 200737000071056/MA, Rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 6/10/2008, p. 201.

*“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES - ENADE. PROVA NÃO REALIZADA. COLAÇÃO DE GRAU. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. POSSIBILIDADE.*

*1. O impetrante objetiva autorização para colar grau em curso de graduação, bem como expedição de diploma independentemente de sua participação no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE.*

*2. A Lei n. 10.861/2004, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, no § 2º do art. 10, **prevê o cabimento de sanções tão-somente à instituição**, pela não-inscrição de alunos habilitados à participação no exame. Não*

*há previsão legal de sanções aos alunos inscritos que deixarem de participar.*

3. *A necessidade de inscrição, no histórico escolar, da situação do estudante, mediante certificação de efetiva participação no exame ou de dispensa oficial pelo Ministério da Educação (§ 5º do art. 5º da Lei 10.861/04), visa apenas compelir o estudante convocado a colaborar com o Poder Público no procedimento de avaliação do ensino nacional.*

**4. O descumprimento de tal obrigação, pela inobservância da convocação, não pode ensejar óbice à concessão do diploma, posto que totalmente desproporcional ao dever descumprido e sem qualquer previsão legal específica.**

TRF1, 5. T, REOMS 200634000187903/DF, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, e-DJF1 28/03/2008, p. 305.

*“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES (ENADE). NÃO-PARTICIPAÇÃO. MOTIVO JUSTIFICADO. COLAÇÃO DE GRAU. POSSIBILIDADE.*

**1. Tendo o exame a finalidade de avaliar a qualidade do ensino superior e não os estudantes, e sendo realizado por amostragem, nenhum prejuízo há para o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, a falta de participação do impetrante, justificadamente.**

*2. Com a concessão da segurança, foi autorizada a participação do impetrante na cerimônia de colação de grau, e, ao que se presume, em razão da natureza mandamental da sentença, já recebeu o diploma correspondente, havendo, assim, situação de fato consolidada, cuja desconstituição não se recomenda.*

*3. Sentença confirmada.*

*4. Remessa oficial desprovida”.*

TRF1, 6. T, REOMS 200733000074553/BA, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 10/03/2008, p. 217.

*“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES - ENADE. LEI Nº. 10.861/04. NÃO SUBMISSÃO. IMPEDIMENTO À COLAÇÃO DE GRAU. PENALIDADE DESPROPORCIONAL. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA.*

*I - Excepcionalmente, no caso, há de se reconhecer a desnecessidade de submissão das impetrantes ao Exame Nacional de Desempenho de Estudantes - ENADE, junto ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, porque **ele não é a única forma de avaliação dos estudantes, e, também, por se admitir a adoção de procedimentos amostrais na sua realização (art. 5º, §2º), afigurando-se desproporcional e incompatível com os próprios objetivos do ENADE atrasar-se demasiadamente a colação de grau das impetrantes, mormente na espécie, em que não se verifica qualquer prejuízo à Universidade e/ou terceiros.***

*II - Ademais, na espécie, há de ser preservada a situação de fato amparada por deci-*

são judicial, proferida há aproximadamente 01 (um) ano, que, liminarmente, garantiu a colação de grau, com os conseqüentes efeitos, objeto do presente writ, sendo desaconselhável a sua desconstituição.

*III - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada”.*

TRF1, 6. T, REOMS 200537000048045/MA, Rel. Des. Federal Souza Prudente, DJ 18/06/2007, p. 116.

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. ENADE. LEI N.º 10.861/2004. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. COLAÇÃO DE GRAU.

1. O Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes, criado pela Lei 10.861/2004, tem por escopo avaliar o curso e não, individualmente, cada aluno, de forma que **não tem amparo legal a exigência de condicionar a expedição e registro do diploma do aluno que concluiu todos os créditos necessários ao término do curso, e não realizou o Exame por comprovado motivo de doença, à realização da prova um ano após sua formatura.**

2. Apelações e remessa oficial às quais se nega provimento”.

TRF1, 6. T, AMS 200533000026332/BA, Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 28/05/2007, p. 67.

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES - ENADE. DISPENSA. LIMINAR DEFERIDA. COLAÇÃO DE GRAU E EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA DETERMINADA POR FORÇA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. FATO CONSUMADO.

1. O Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE destina-se a avaliar a qualidade da educação superior. O resultado obtido individualmente não afeta o aluno habilitado, pois a lei de regência admite o procedimento por amostragem e veda identificação nominal e divulgação da nota do examinado.

2. A inobservância da convocação pode ser penalizada, mas **não deve ensejar óbice à colação de grau e à concessão do diploma, posto que desproporcional ao dever inadimplido e sem qualquer previsão legal específica.**

3. Com base no princípio da praticidade recomenda-se seja respeitada situação consolidada pela colação de grau e expedição do diploma, decorrente da concessão de liminar em mandado de segurança, sob pena de injustiça maior, a esta altura.

4. A colação de grau consolida situação cujo desfazimento é desaconselhável”.

TRF1, 5. T, REOMS 200633000006900/BA, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, DJ 26/10/2006, p. 71.

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES (ENADE). NÃO-PARTICIPAÇÃO. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. DOENÇA. COLAÇÃO DE GRAU. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA.

1. Tendo o Exame Nacional de Avaliação de Desempenho dos Estudantes (ENADE) a finalidade de avaliar a qualidade do ensino superior, e não os discentes, e sendo

realizado por amostragem, **nenhum prejuízo haverá para o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, a falta de participação do impetrante, por motivo de força maior, devidamente comprovado.**

**2. Pela mesma razão, a imposição de óbice à expedição do diploma, histórico escolar e a participação na cerimônia de colação de grau, viola direito líquido e certo do impetrante.**

3. Com o deferimento da liminar foi facultada ao impetrante a participação nas cerimônias de colação de grau, assim como a obtenção do diploma e histórico escolar, constituindo-se, assim, situação de fato, cuja desconstituição não se recomenda”.

TRF1, 6. T, REOMS 200635000141726/GO, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, DJ 30/4/2007, p. 86.

“ADMINISTRATIVO. NÃO-REALIZAÇÃO DO ENADE: INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO À COLAÇÃO DE GRAU. ISONOMIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

**- A simples não realização do ENADE não constitui motivo razoável impeditivo da colação de grau da impetrante.**

- Destarte, ao estabelecer que a aluna faltosa ao exame não colaria grau com sua turma - mesmo já havendo obtido, inclusive, a ‘Declaração de Conclusão de Curso de Nutrição’ -, a autoridade impetrada não procedeu de forma legítima, pois que a impetrante concluiu, como todos os formandos, todos os requisitos estabelecidos isonomicamente aos graduandos.

- **Assim, a não realização da prova, por suposta omissão de órgão vinculado ao Ministério da Educação (responsável pela inscrição dos alunos, além das informações a serem a eles oferecidas), não pode servir como óbice, em desigualdade de condições com os colegas de turma, à colação de grau, de que necessita a impetrante para ingresso no mercado de trabalho.**

- **Do contrário, estar-se-ia arranhando os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia, na medida em que o ato impugnado apresenta-se desnecessário, havendo meios menos gravosos para se sancionar o aluno, mesmo que com falta injustificada”.**

TRF2, 5. T, REOMS 60940/RJ, Rel. Juíza Vera Lúcia Lima, DJ 30/01/2006, p. 214 . (grifou-se).

“MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES - ENADE. OCORRÊNCIA DE FORÇA MAIOR QUE IMPEDIU O ESTUDANTE DE PARTICIPAR DA PROVA. ASSEGURADO DIREITO À COLAÇÃO DE GRAU E EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA.

1. O objetivo do ENADE, sendo uma etapa do SINAES (Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior), é avaliar os cursos e as instituições de ensino superior, não necessariamente seus alunos. **A Lei nº 10.861/04, que o instituiu o referido siste-**

**ma, não prevê nenhum tipo de penalidade ao aluno que não participa da avaliação, apenas estabelece que deve constar no histórico escolar a sua situação de regularidade com o ENADE.**

2. O não comparecimento do aluno por motivo de força maior, devidamente comprovado, não impede sua colação de grau, nem a expedição do diploma respectivo.

3. No caso dos autos, não subsiste qualquer justificativa para a negativa de expedição de histórico escolar e de diploma da impetrante, visto que seu pedido de dispensa do ENADE já foi aceito pelo MEC, conforme Portaria nº 224, de 07 de março de 2007, do próprio órgão”.

TRF4, 3. T, AMS 2006.71.14.003951-5/RS, Rel. Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 12/09/2007.

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COLAÇÃO DE GRAU. NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME NACIONAL DE CURSOS.

. **A não realização do Exame Nacional de Desempenho de Estudante - ENADE não impede a colação de grau, por não compor a formação do aluno do curso superior.**

. Ausência de perda de objeto da ação mandamental, pois a liminar, ato provisório, não pode ficar sem confirmação judicial.

. Sentença mantida, para o fim de considerar consumado o ato para todos os efeitos.

. Pre questionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir”.

TRF4, 3. T, REO 2005.70.00.020592-8, Rel. Juiz Fernando Quadros da Silva, DJ 29/11/2006, p. 861.

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AUSÊNCIA NO EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES - ENADE. COLAÇÃO DE GRAU. FORMATURA. IMPEDIMENTO. ILEGALIDADE.

1. O ENADE é um componente do currículo obrigatório dos cursos de graduação, devendo constar no histórico escolar do acadêmico apenas a participação ou dispensa oficial do comparecimento ao exame. Embora sirva para avaliação da qualidade do ensino no país, não atua em âmbito individual como instrumento de qualificação ou soma de conhecimentos ao estudante. Os conhecimentos são ofertados pelas universidades, preparando o cidadão para a vida profissional.

2. **O exame evidentemente é apenas um instrumento de avaliação da política educacional, não podendo transmutar-se em sanção sem previsão legal, através do impedimento de colação de grau”.**

TRF4, 4. T, AC 200771000253338/RS, Rel. Juiz Márcio Antônio Rocha, D.E. 14/07/2008.

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES - ENADE. EXPEDIÇÃO E REGISTRO DE DIPLOMA.

*O Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE - visa avaliar não propriamente o aluno, mas o curso de graduação; a não-realização do Exame **não impede**, assim, a colação de grau, bem como a expedição e o registro de seu diploma, porquanto o certame **não faz parte da formação do acadêmico**".*

TRF4, 3. T, REO 200871080004286/RS, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lu-  
gon, D.E. 03/09/2008.

*"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COLAÇÃO DE GRAU. NÃO REALI-  
ZAÇÃO DO EXAME NACIONAL DE CURSOS.*

*- A não realização do Exame Nacional de Desempenho de Estudante – ENADE **não impede a colação de grau, por não compor a formação do aluno do curso superior.***

*- Ausência de perda de objeto da ação mandamental, pois a liminar, ato provisório, não pode ficar sem confirmação judicial.*

*- Sentença mantida, para o fim de considerar consumado o ato para todos os efeitos.*

*- Remessa oficial improvida".*

TRF4, 3. T, REO 200571100003827/RS, Rel. Des. Federal Sílvia Maria Gonçalves Go-  
raieb, DJ 22/03/2006, p. 650.

*"ADMINISTRATIVO. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES - ENA-  
DE. ESTUDANTE. DESATENDIMENTO À CONVOCAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DO EXA-  
ME. ÓBICE À COLAÇÃO DE GRAU. INEXISTÊNCIA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.*

*1. Não se cogita de vedação legal à colação de grau por parte dos estudantes que,  
não obstante convocados, não prestaram o ENADE.*

*2. Deveras, em que pese constituir o ENADE componente obrigatório dos cursos  
de graduação, a abstenção do discente regularmente convocado não lhe subtrai, à  
míngua de previsão legal, o direito à colação de grau, empecendo-lhe apenas a ano-  
tação, no histórico escolar, da situação regular quanto à aludida exigência, eis que  
restrita aos que se submeteram ao exame ou oficialmente foram dele dispensados.*

*3. Desse modo, reveste-se a obrigatoriedade de submissão ao ENADE da natureza de  
encargo legal (e não de requisito à colação de grau), cingindo-se a sanção normativa,  
em caso de não atendimento à convocação, à vedação da inscrição, no histórico  
escolar do estudante, da situação regular quanto à aludida exigência.*

*4. A latere, **impede gizar que condicionar a expedição do diploma à prestação  
de novo exame constitui ônus demasiado a recair sobre os estudantes, mercê  
da periodicidade indefinida do ENADE, limitando-se a lei a estabelecer o inter-  
regno máximo de 3 (três) anos.***

*5. Remessa oficial improvida".*

TRF5, 1. T, REOMS 100844/PB, Rel. Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo, DJ  
28/03/2008, p. 1376.

*"ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. EXIGÊNCIA DE*

*PARTICIPAÇÃO NO ENADE. IMPOSSIBILIDADE.*

1. O objetivo do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE é avaliar a qualidade do ensino e não os estudantes, **não existindo na legislação qualquer vedação à colação de grau ou fornecimento do diploma aos alunos que porventura não se submeteram ao exame;**

2. Remessa oficial improvida”.

TRF5, 3. T, REO 100533/PB, Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro, DJ 30/05/2008, p. 695.

#### IV. Da medida liminar

##### IV.1. “*Fumus boni iures*”

**Inequívoca** a plausibilidade do direito de que se deduz na presente ação coletiva, configurando a **fumaça do bom direito**, em face da **densa e cabal** base **legal, incontroverso** magistério **doutrinário** e diretriz **jurisprudencial** demonstrados.

##### IV.2. “*Periculum in mora*”

Inexorável o risco do total **esvaziamento** do pedido adiante expendido, sem a concessão da liminar pleiteada, havendo risco de que o direito substancial que os concluintes de cursos de ensino superior 2009/1 querem ver protegido através do provimento jurisdicional, iníquo seja, pois do contrário, tais estudantes não terão a oportunidade de colar grau com a sua turma, cerimônia que acontece, em todo o país, de dezembro a março e nem terão concedidos os diplomas, assim, atrasarão o ingresso no mercado de trabalho, bem como ficarão impedidos de se inscreverem nos conselhos de classe (quando for o caso) e assumirem cargos públicos privativos de nível superior.

##### IV.3. Inexistência de “*periculum in mora*” inverso

Ademais, **inexiste “periculum in mora” inverso**. É que, acaso seja julgada ao final improcedente esta ação coletiva, não haverá qualquer tipo de prejuízo para a parte requerida, ocorrendo, tão-somente, a necessidade de posterior realização do ENADE, tal como previsto na **Portaria Normativa nº 3**, do Ministro de Estado da Educação, de 1º de abril de 2008.

Presentes, pois, **ambos** os pressupostos legais, imperativa a **concessão da liminar** pleiteada<sup>30</sup> a fim de se **evitar dano irreparável**, tal como prevê a diretriz jurisprudencial dos **Tribunais Regionais Federais das 1ª e 5ª Regiões**:

*“ENSINO. PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA NO EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DE ESTUDANTES (ENADE). ALUNO AVALIADO ANTERIORMENTE PELO EXAME NACIONAL DE CURSOS (ENC). DISPENSA. COLAÇÃO DE GRAU. AÇÃO CAUTELAR.*

1. **Possuindo ambos os exames a finalidade de avaliar a qualidade do ensino**

30 “(...) Instrumento adequado para recompor, de forma liminar e provisória, o equilíbrio das relações jurídicas” ROCHA, Cesar Astor, *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

**superior, e tendo o discente sido submetido a um deles, nenhum prejuízo adviria para o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior com a dispensa na participação do segundo exame. Presença do fumus boni iuris.**

**2. O perigo da demora se divisa com a proximidade da realização da solenidade de colação de grau e diante da possibilidade de prejuízo à vida profissional do aluno.**

3. Sentença cautelar confirmada.

4. *Apelação e remessa oficial desprovidas*".

(grifou-se).

TRF1, 6. T, AC 200537000011721, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, DJ 05/06/2006, p. 99.

*"ADMINISTRATIVO. ENAD. ALUNAS PERDERAM O HORÁRIO DA PROVA. FALTA DE INFORMAÇÃO. HORÁRIO DE VERÃO. COLAÇÃO DE GRAU. POSSIBILIDADE.*

*I - O ENADE - Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes foi instituído com o escopo de avaliar a qualidade do ensino ofertado aos alunos dos cursos superiores. Constitui, portanto, requisito formal para os alunos que a este se submetem e não condição para o exercício da profissão.*

*II - As impetrantes deixaram de fazer a prova porque chegaram ao local atrasadas em razão da falta de esclarecimentos quanto à adoção do horário de verão vigente naquela data em algumas regiões do País.*

***III - O ENADE é feito por amostragem e não é realizado todos os anos, assim, condicionar a colação de grau das impetrantes à execução do exame em data posterior, ainda indefinida, implica em retardar injustamente as suas vidas profissionais.***

*IV - Remessa e Apelação às quais se nega provimento*".

(grifou-se).

TRF5, 4. T, AMS 92379/PE, Rel. DEs. Federal Ivan Lira de Carvalho, DJ 12/01/2006, p. 586.

## V. Julgamento antecipado da lide

O caso ora em exame se amolda à hipótese prevista no **art. 330, I, do CPC – aplicável, na espécie, por força da dicção do art. 19, da Lei 7.347 -**, eis que a questão de mérito é **unicamente de direito**, prescindindo de produção de prova em audiência.

Assim sendo, é de se julgar antecipadamente a lide, pois a presente demanda está, em face dos documentos já acostados, **suficientemente instruída**, de sorte a permitir tal julgamento; porquanto, repita-se, a demanda **prescinde de dilação probatória**, por constituir-se em questão meritória exclusivamente de direito.

Com efeito, o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir o entendimento de Vossa Excelência e possibilitar, por certo,

judgarem-se **procedentes os pedidos ora deduzidos**<sup>31</sup>.

## VI. Dos pedidos

Como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a **Defensoria Pública da União**, incumbida da atuação junto aos estabelecimentos penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais, nos termos da Lei, **requer**, confiando nos doutos suprimentos e alto espírito de justiça desse Meritíssimo Juízo, digne-se Vossa Excelência determinar:

### VI.1. Pedidos preliminares:

- a) **intimação pessoal** da Defensoria Pública da União, de todos os atos processuais e a contagem dos **prazos processuais em dobro**, na forma do inciso I do art. 44 da Lei Complementar nº 80/94;
- b) a **citação** da parte requerida para, querendo, apresentar resposta no prazo legal, sob pena de revelia; e
- c) **intimação** do representante do Ministério Público Federal (LACP, art. 5º, § 1º).

### VI.2. Pedidos principais:

#### EM CARÁTER LIMINAR:

- a) seja, **inaudita altera parte**, **concedida a tutela antecipada** pleiteada e seja declarada a ilegalidade **art. 28, caput**, da **Portaria nº 2.051**, de 09 de julho de 2004, do Ministro de Estado da Educação, nos termos expostos, **determinado-se à UNIÃO** que, **imediatamente**, possibilite : (i) que todos os concluintes de curso superior **participem** da solenidade de colação de grau; e (ii) a **expedição** os respectivos históricos escolares e/ou diploma, **independentemente** de participação e/ou de dispensa no ENADE;
- b) seja cominada **multa diária**, para a hipótese de descumprimento total **ou** parcial do provimento, no valor de **R\$ 10.000,00** (dez mil reais), a ser depositada em conta bancária a ser aberta por esse MM. Juízo (art. 13, parágrafo único, da LACP); e

#### NO MÉRITO:

- c) seja, ao final, **confirmada** a medida liminar deferida e julgado **PROCEDENTE** o pedido para declarar a **ilegalidade** do **art. 28, caput**, da **Portaria nº 2.051**, de 09 de julho de 2004, do Ministro de Estado da Educação.

#### MEIOS DE PROVA:

31 Nesse sentido, manifesta-se iterativamente o Superior Tribunal de Justiça: MS 7834/DF, Rel. Min. Felix; Fischer; REsp 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, REsp 67024/SP, Rel. Min. Vicente Leal; REsp 132039/PE, Rel. Min. Vicente Leal; AgReg no AG 111249/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp 39361/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; EDcl nos EDcl no REsp 4329/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; AgReg no AG 14952/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; AgRg no RESP 614221/PR, Rel. Min. José Delgado.

- d) solicita-se, por fim, o **juízo antecipado da lide**, nos termos expendidos (*item V supra*); **ou**
- e) pugna-se, **alternativamente e por eventualidade**, desde já, pela **produção** de todos os **meios de prova** em direito admitidos, especialmente o documental.

### **EFEITOS DAS DECISÕES:**

- f) requer-se sejam os efeitos das decisões, liminar e de mérito, com **abrangência em todo o território nacional**, eis que o dano se perpetua por todo o território nacional.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Pede deferimento.

**Salvador, 26 de novembro de 2008.**

**Carlos Eduardo Regilio Lima**

*Defensor Público da União*

## Peça Processual: Ação Civil Pública do ENADE.

João Paulo de Campos Doroni\*

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) FEDERAL DA \_\_\_\_ VARA CÍVEL  
DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO**

**PAJ Nº 2007/020-01695**

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, no âmbito da Justiça Federal, dos necessitados, que não possam pagar advogado ou não possam arcar com as custas processuais, situada na Rua da Consolação, nº 2005/2009, Consolação, São Paulo/SP, vem, com fulcro nos arts. 1º, II e III, e 5º, LXIX, LXX, LXXIV, LXXVII e 134 da Constituição Federal, na L. 9.265/96, no art. 5º, II, da L. 7.347/85, por intermédio do Defensor Público subscritor, impetrar MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO COM PEDIDO LIMINAR contra ato coator do Ilustríssimo Senhor Delegado Superintendente da Polícia Federal em São Paulo, com sede na Rua Hugo D'Antola, nº 95, Lapa de Baixo, São Paulo/SP, pela razões de fato e de direito que seguem expostas.

### **I. DOS FATOS**

Compete à impetrante a assistência jurídica integral e gratuita, incluindo a orientação jurídica e a defesa no âmbito da Justiça Federal, de todos os que tenham sua hipossuficiência econômica comprovada, inclusive os estrangeiros que estejam no Brasil, temporária ou definitivamente.

Ao longo do tempo de funcionamento da Defensoria Pública da União em São Paulo vários foram os casos de indeferimento do pedido de isenção de taxas para emissão de Registro Nacional de Estrangeiro para hipossuficientes, fundamentando-se o órgão competente na ausência de previsão legal para isenção.

Já são inúmeros casos, trazidos a essa unidade da DPU, de estrangeiros hipossuficientes aos quais a Polícia Federal, em sua Superintendência em São Paulo, negou a gratuidade de taxa para a emissão da segunda via da Carteira de Identidade de Estrangeiro.

Um de seus assistidos, sr. Manoel de Almeida, impetrou, por intermédio desta Defensoria Pública, mandado de segurança com pedido liminar (doc. 1) com o escopo de obter nova via de seu RNE sem o pagamento das taxas usualmente cobradas, em razão de sua precária situação econômica.

\* Defensor Público Federal de Primeira Categoria  
Titular do 1º Ofício Regional Cível da DPU/SP  
Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP

Antecipados os efeitos do provimento jurisdicional, teve autor reconhecido seu direito à isenção das taxa imediatamente. Fundamentou-se assim a douta magistrada, nos autos nº 2007.61.00.001163-7:

(...) Ressalvando-se que razão assiste à Douta Defensoria Pública ao alegar tratar-se tal concessão de gratuidade, diante da pobreza, modo de garantir-se a cidadania e dignidade da pessoa humana. Ora, o indivíduo residente há décadas no País deseja documento, expedição de segunda via, para realizar atos da vida civil. Dificultar o acesso a este documento, ainda mais sendo tal dificuldade advinda de caráter econômico-financeiro, infringe, senão a cidadania, pois se trata de brasileiro, com certeza a dignidade humana do indivíduo.

Outros sim, esta espécie de documento reconhece a pessoa no cerne da sociedade, bem como torna sua situação regular, de modo que, ainda que não haja ato civil algum a ser realizado, bastam estas considerações com a tão-só potencialidade de em algum momento necessitar-se deste documento, para torná-lo um direito do indivíduo (...).

Em outro caso, fez-se o requerimento administrativo da isenção, em favor do sr. Jorge Ramirez Franco, não atendido pela Polícia Federal sob o argumento de “que não é possível a isenção da taxa de 2ª via de Cédula de Identidade para estrangeiros, tendo em vista a falta de previsão legal nos termos do art. 176 do Código Tributário Nacional. Outros sim entendo que a liminar concedida nos autos do processo nº 2007.61.00.001163-7 apenas beneficia o autor da demanda”. (doc. 2)

De se destacar que o número de estrangeiros pobres que precisam regularizar sua situação no país é indubitavelmente maior do que este dos casos apresentados na Defensoria Pública da União.

São, em maioria, pessoas que deixam seu país de origem e aqui se instalam à procura de condições materiais mais favoráveis ao desenvolvimento de suas atividades.

O Departamento de Polícia Federal, responsável pela emissão das guias e o recolhimento das taxas de RNE, indiferente à situação exposta, não faz qualquer previsão, em seu rol de atos normativos, de isenção para os que não tenham como arcar com tais custos.

O pagamento das taxas e multas emitidas pelo Departamento de Polícia Federal é feito por meio de GRU, Guia de Recolhimento da União, normatizada pela Secretaria do Tesouro Nacional utilizada por todos os órgãos federais.

As taxa para emissão da primeira via da carteira de estrangeiro é de R\$ 124,23 (cento e vinte e quatro reais e vinte e três centavos). Outras vias do mesmo documento custam ao estrangeiro aqui residente R\$ 305,03 (trezentos e cinco reais e três centavos), conforme tabela de receitas da Polícia Federal e guias de recolhimento que seguem em anexo (doc. 3).

Grande parte dos estrangeiros que constituem no Brasil novo domicílio não podem despendar parte considerável de sua renda para custear os atos necessários para o exercício da cidadania, que lhes é prestados pela Polícia Federal quando da expedição de RNE, maculando-se a dignidade daqueles que se vêem obrigados a optar pela ma-

nutrição de sua família em detrimento da obtenção de documento indispensável a realização dos atos da vida civil, mesmo havendo previsão constitucional, garantida como direito fundamental, de isenção para esse tipo de documento.

## II. PRELIMINARMENTE

### Da legitimidade ativa da Defensoria Pública da União

A regra constitucional relativa ao direito material do mandado de segurança, seja impetrado em sua forma individual ou coletiva, está prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, no sentido de que a proteção engloba qualquer direito líquido e certo violado por ato de autoridade pública ou particular no exercício de função pública delegada, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Os requisitos de admissibilidade de mandado de segurança, tanto individual como coletivo, estão no inciso LXIX do art. 5º, CF, que está em pleno acordo com a garantia constitucional do acesso à justiça. Portanto, o constituinte não criou um instituto independente e isolado no inc. LXX, mas apenas ampliou a legitimação ativa para a impetração do mandado de segurança em sua forma coletiva.

Ora, se o inc. LXIX não dispõe em sua redação a respeito dos legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo, qualquer pessoa ou grupo de pessoas que titularize direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou por habeas data, atingido por ato ilegal ou abusivo de autoridade coatora, pode impetrar mandado de segurança.

De se notar que não é compatível com essa ação interpretação restritiva quanto ao seu campo de aplicabilidade vez que sua natureza é de garantia constitucional fundamental.

Depois da entrada em vigor da Lei 11.448/2007, tem legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública também a Defensoria Pública, órgão ao qual incumbe a prestação de assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei.

Se é reconhecida a legitimidade da Defensoria Pública para propositura de Ação Civil Pública, seria um contra-senso não reconhecer também que, depois do advento da Lei 11.448/2007, tem o este órgão legitimidade para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo.

A norma prevista no inciso LXX, do art. 5º, nada tem de direito material, sendo “simplesmente regra processual de legitimação ativa para a causa”, conforme ensina Nelson Nery Jr. Assim, tal regra é definidora de apenas algumas das pessoas que possuem legitimação para a impetração do mandado de segurança coletivo. Conclui-se que tal norma traz listagem de legitimados meramente exemplificativa.

Não se olvide que o mandado de segurança coletivo é garantia fundamental, assim insculpido na Constituição da República. Tratando-se de uma garantia fundamental, sua interpretação sempre será extensiva, ou melhor, sempre será a que lhe trouxer a maior efetividade possível.

Nesse sentido, indiscutível a legitimação de partidos políticos, sindicatos, entidades de classe ou associação regularmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, já que expressamente arrolados no inc. LXX do art. 5º.

Certo é, todavia, que o verdadeiro escopo da norma foi assegurar que esses entes tivessem legitimidade para impetrar o mandado de segurança coletivo. Isso não exclui, portanto, que outros órgãos possam gozar da mesma legitimação. Dar eficácia ao dispositivo constitucional que prevê o mandado de segurança coletivo é garantir que todos aqueles entes que tenham representatividade adequada possam tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, alcançando-se, assim, o acesso à justiça.

Note-se que, de outro modo, como estariam protegidos os direitos dos hipossuficientes, se não fosse por intermédio da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado e responsável pelo direito fundamental à assistência jurídica gratuita, como dispõem o art. 134 e 5º, LXXIV, da CF?

A legitimação da Defensoria Pública da União para o ajuizamento de ação civil pública, como lhe assegura o art. 5º, II, da L. 7.347/85, evidencia a sua representatividade no trato dos direitos coletivos, notadamente em relação àqueles próprios dos necessitados que a ela cabe assistir.

Inviabilizar-se a impetração de mandado de segurança coletivo, neste ponto, é inviabilizar o acesso à justiça e à celeridade processual, direitos fundamentais assegurados nos incs. XXXV e LXXVIII, do art. 5º, CF, ocasionando a impetração de inúmeros mandados de segurança individuais e fatalmente trazendo o risco de decisões conflitantes

Assim, embora não expressamente enumerado no início LXX, do art. 5º, à Defensoria Pública também cabe a interposição de Mandado de Segurança Coletivo para defesa dos direitos coletivos, notadamente dos hipossuficientes.

### **III. DO FUNDAMENTO JURÍDICO**

#### **As disposições constitucionais violadas**

Ao impedir que os estrangeiros hipossuficientes tenham acesso ao seu documento de identificação, viola o impetrado dois dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil dispostos no art. 1º, II e III da Constituição Federal: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

O ato coator priva os pacientes do acesso ao seu documento de identificação oficial, cuja utilidade é indispensável para a prática dos mais relevantes atos da vida civil. Documentos como este fixam as condições jurídicas de cada cidadão e representam uma segurança não só para o indivíduo, como também para aqueles com quem se relaciona e para o próprio Estado, interessado maior na prática regular dos atos emanados daqueles que no Brasil residem, bem como dos negócios que aqui realizam.

Fere-se a dignidade dos pacientes quando privados de identificação por documento oficial pelo único motivo de serem pessoas pobres, na acepção do termo: não têm condições de pagar uma taxa que corresponde a fração considerável de sua baixíssima verba mensal auferida.

É sabido que a dignidade é a qualidade de cada pessoa humana que a faz merecedora de respeito por parte do Estado, implicando vários direitos e deveres fundamentais que lhe assegurem contra todo e qualquer ato de cunho degradante, garantindo-lhe as condições mínimas para uma vida digna. Nesse sentido:

*“Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais”, como ensina Flávia Piovesan, “pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade da pessoa humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular”.<sup>2</sup>*

Portanto, defende-se a dignidade da pessoa humana para que o indivíduo possa realizar totalmente as suas necessidades básicas, o que já se chamou de piso vital mínimo.

O que de mais grave se observa no ato coator do impetrado é que desconsiderou a qualidade de hipossuficiente dos pacientes, negando-lhes, motivado pelo princípio da legalidade dos atos administrativos, o acesso ao principal documento de identificação dos estrangeiros no país.

O princípio da legalidade, contudo, não pode ser interpretado em dissonância ao da dignidade da pessoa humana. Não se pode considerar a ausência de lei específica sobre determinada matéria motivo suficiente para deixar de aplicar, nos casos concretos, o que foi determinado genericamente na Constituição Federal.

Aliás, como se trata de direito fundamental, a norma que garante a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania tem aplicabilidade imediata, como dispõe o § 1º do art. 5º da Constituição da República. Como ensina Flávia Piovesan:

*“Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que trazem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos”.<sup>3</sup>*

A falta de previsão para isenção de taxas de valor tão considerável, portanto, só faz aumentar os índices de estada irregular de estrangeiro no país, situação indesejável tanto para o particular, que se vê impedido da prática de alguns dos mais importantes atos de sua vida civil, bem como para o Estado, que passa a não mais ter controle dos atos daqueles que acolheu.

Não pode o Estado considerar em situação irregular aqueles que, ainda que dispostos a manterem-se em dia com determinadas obrigações, sejam privados do acesso à regularização de sua situação documental por ação ou omissão ilegal sua.

Se procuram os estrangeiros aqui residentes, ainda que hipossuficientes, o Departamento de Polícia Federal para regularização de sua estada, presumível que agem com o ânimo de estabelecer suas relações dentro da mais estrita legalidade.

O artigo 1º, inciso V, da Lei nº 9.265/1996.

2 *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 59.

3 *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 63-4.

O ato administrativo ora guerreado padece de ilegalidade vez que afronta o determinado pela Lei nº 9.265/1996 em seu artigo 1º, inciso V, que regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal, in verbis:

Art. 1º: São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados: V – quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público.

O art. 5º, LXXVII, que se insere no rol dos direitos e garantias fundamentais, estabelece serem gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, na forma da lei, bem como os atos necessários ao exercício da cidadania.

Ao alegar que não há previsão legal de isenção para as taxas relativas à emissão de RNE, cédula de identidade dos estrangeiros no país, desconsiderando que o art. 1º, inc. V, da Lei 9.265/1996 aplica-se ao presente caso, o Delegado de Polícia Federal interpreta de forma demasiado restritiva a lei, não atinando para o fato de que tal cédula de identidade de estrangeiro é fundamental para a prática dos atos de cidadania, incluindo-se no rol das garantias individuais elencadas no art. 5º da Carta Magna.

Ao contrário do que argumenta a autoridade coatora, não padece do vício de ilegalidade o ato que venha a conferir gratuidade à emissão da segunda via de RNE pois de acordo com o inciso V, art. 1º da referida lei, que regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal.

O § 1º, artigo 1º da Lei nº 9.534/1997.

Os argumentos acima expostos podem ser corroborados pela aplicação, por analogia, da Lei 9.534/1997 que se destina a disciplinar a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania e registros públicos:

Art. 1º: O art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterada pela Lei nº 7.844, de 18 de outubro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 30. Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva.

§ 1º Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil.

§ 2º O estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso, acompanhada da assinatura de duas testemunhas.

Destarte, como se faz indispensável o RNE para que os estrangeiros possam regularmente exercer os atos da vida civil e, sendo pessoas pobres, é-lhes cabível a isenção de taxa de emissão de RNE e suas vias.

## **VI. DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

Requer-se antecipação dos efeitos da tutela pretendida para que seja concedida gratuidade de taxa para a emissão de qualquer via do RNE, de imediato, eis que presentes todos os seus requisitos ensejadores dispostos no artigo 273 do Código de Processo

Civil, na forma do artigo 12 da Lei nº 7.374/1985.

Há iminente receio de dano irreparável ou de difícil reparação à dignidade dos estrangeiros que vivem no Brasil, privados da prática de vários dos mais importantes atos da vida em sociedade.

Desnecessário taxar os riscos daqueles que transitam sem documento hábil que os identifique, tampouco os constrangimentos e dificuldades a que estão submetidos quando da ausência de sua carteira de identidade. Daí considerar-se o perigo na demora da prestação jurisdicional.

Existe prova inequívoca de que os atos emanados da Polícia Federal, ilegais que são, ferem os princípios constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, vez que indeferem, por várias vezes seguidas, o pedido de isenção da taxa para emissão do documento e outras vias.

A plausibilidade do direito se mostra clara eis que violados os artigos 1º, II e III e 5º, LXXVII da Constituição da República.

Sendo assim, requer seja antecipada a tutela para determinar a gratuidade na emissão da Cédula de Identidade de Estrangeiro, bem como outras de suas vias, independentemente do pagamento das taxas.

## **V. DO PEDIDO**

Pelo exposto, requer-se:

- a) a concessão de liminar pleiteada, antecipando-se o provimento jurisdicional final, determinando-se à Polícia Federal que expeça qualquer das vias do Registro Nacional de Estrangeiro independentemente do pagamento de taxas, desde que se trate de pessoa pobre, nos termos da lei, aplicando-se multa diária, em caso de descumprimento, a critério do juízo, conforme o § 5º, art. 461, do Código de Processo Civil;
- b) a convalidação da medida liminar em definitiva, concedendo-se a segurança ora pleiteada;
- c) a notificação do coator para que preste informações;
- d) a intimação do Ministério Público Federal nos termos do art. 10 da Lei 1.533/1951;
- e) a observância do prazo em dobro, da intimação pessoal e da vista pessoal fora de cartório aos membros da Defensoria Pública da União, nos termos do art. 44, I e VI, da Lei Complementar 80/94.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

**São Paulo, 18 de maio de 2007.**

**João Paulo de Campos Dorini**  
*Defensor Público da União*

**Danielly Salviano Pereira Silva**  
*Estagiária da DPU*