

13

ISSN: 1984-0322
e-ISSN: 2448-4555

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Junho de 2020
Brasília/DF

ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Olinda Vicente Moreira

Diretora-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

Jânio Urbano Marinho Junior

Vice-Diretor Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

CONSELHO EDITORIAL

Daniel Mourgues Cogoy

Editor-Chefe da Revista da Defensoria Pública da União

CONSELHEIROS ENDÓGENOS

André Carneiro Leão

Denise Tanaka dos Santos

Érica de Oliveira Hartmann

CONSELHEIROS EXÓGENOS

Alexandre Morais da Rosa

Professor Adjunto de Processo Penal da UFSC e Juiz de Direito

Artur Stamford da Silva

Professor da UFPE

Cesar Augusto Silva da Silva

Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Clarissa Marques da Cunha

Advogada e Professora

Clayton de Albuquerque Maranhão

Professor da Universidade Federal do Paraná

Cleber Francisco Alves

Professor da Universidade Católica de Petrópolis

Guilherme Roman Borges

Juiz Federal

EQUIPE DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Alessandra Rodrigues Oliveira Mesquita

Coordenadora Executiva

Maria do Socorro Cunha Pereira

Assistente de editoração

Jeanise Leal Cechinatto

Normalização das pré-textuais

Lívia Padilha

Revisão e tradução das pré-textuais

Alessandra Paula Rosa Rufino

Estagiária de Letras - Tradução Espanhol

Amanda de Matos Luna

Estagiária de Comunicação Social - Publicidade e Propaganda

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – ASCOM – DIAGRAMAÇÃO

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

N. 13, Janeiro/Junho de 2020
Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)
e-ISSN 2448-4555 (online)

| | | | | |
|---------------------------|--------------|-------|----------|---------------|
| R. Defensoria Públ. União | Brasília, DF | n. 13 | p. 1-320 | jan/jun. 2020 |
|---------------------------|--------------|-------|----------|---------------|

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Missão: Fomentar e disseminar conhecimento afeto à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à justiça.

Revista da Defensoria Pública da União está licenciada sob CC BY-NC 4.0 

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Gabriel Faria Oliveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CORREGEDOR-GERAL FEDERAL

Fabiano Caetano Prestes

CONSELHO SUPERIOR

João Paulo Gondim Picanço - Defensor Público Federal de Categoria Especial
Karina Rocha Mitleg Bayerl - Defensora Pública Federal de Primeira Categoria
Leonardo Cardoso de Magalhães - Defensor Público Federal de Primeira Categoria
Letícia Sjoman Torrano - Defensora Pública Federal de Segunda Categoria
Marcos Antônio Paderes Barbosa - Defensor Público Federal de Categoria Especial
Shelley Duarte Maia - Defensora Pública Federal de Segunda Categoria

COORDENAÇÃO, EDITORAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES

Escola Nacional da Defensoria Pública da União
Setor Bancário Sul, Quadra 2 – Bloco H – Lote 14 – sobreloja - 70.070-120- Brasília/DF
Tel.: (61) 3318-0287
Visite nosso site: <http://revistadadpu.dpu.def.br>
E-mail: publicacoes.esdpu@dpu.def.br

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – n. 13

(jan./jun. 2020)- . – Brasília : DPU, 2020- .

v. ; 28 cm.

Semestral

Disponível também: <http://revistadadpu.dpu.def.br>

ISSN 1984-0322 – e-ISSN 2448-4555 (online)

1. Direito público, periódico. 2. Assistência judiciária, periódico. 3. Defensoria pública, Brasil, periódico. I. Brasil. Defensoria Pública da União.

CDDir 341.46218

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC



PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Alexandre Schumacher Triches - Mestre em Direito - Professor no Centro Universitário CNEC
Alfredo Emanuel Farias de Oliveira - Doutor em Direito - Defensor Público do Estado de Minas Gerais
Aline Vitalis - Mestre em Ciências Jurídico- Políticas - Procuradora da Fazenda Nacional
Álvaro Roberto A. Fernandes - Doutor em Ciências Jurídico - Criminais - Defensor Público do Estado/RS
Ana Cláudia Finger - Mestre em Direito - Professora na Universidade Positivo
André Carneiro Leão - Doutor em Direito - Defensor Público Federal
Bruno Casagrande e Silva - Doutorando em Função Social do Direito - Advogado e Professor
Cássio Berg Barcellos - Mestre em Direito - Delegado da Polícia Federal
Clayton de Albuquerque Maranhão - Doutor em Direito - Professor na Universidade Federal do Paraná
Cleber Francisco Alves - Prof. na Universidade Católica de Petrópolis. Defensor Público do Estado/RJ
Daniel Chiaretti - Doutorando em Ética e Filosofia Política - Juiz Federal Substituto
Denise Tanaka dos Santos - Doutora em Direito - Defensora Pública Federal
Érica de Oliveira Hartmann - Doutora em Direito Processual Penal - Defensora Pública Federal
Fábio Jardel Gaviraghi - Doutor em Educação nas Ciências - Prof. na Universidade Federal de Santa Maria
Feliciano de Carvalho - Doutor em Direito Constitucional - Defensor Público Federal
Fernando Costa Azevedo - Doutor em Direito Privado - Professor na Universidade Federal de Pelotas
Flávio Roberto Batista - Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social - Procurador Federal
Heloisa Helena Silva Pancotti - Doutoranda em Ciências Jurídicas - Advogada autônoma
Ivandick Cruzelles Rodrigues - Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie
Jarbas Ricardo Almeida Cunha - Doutor em Direito - Analista Técnico de Políticas Sociais
João Paulo Marques dos Santos - Doutorando em Função Social Direito
Jorge Alberto Araújo de Araújo - Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito - Juiz Federal
José Ricardo Britto Seixas Pereira Júnior - Mestre em Direito Constitucional - Professor no IESB
Lígia Mori Madeira - Doutora em sociologia - Professora na Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Luiz Gustavo Danzmann - Mestre em Direito Penal - Professor do Instituto Superior de Ciências Policiais
Marcelo Apolinário - Doutor em Direitos Fundamentais - Professor na Universidade Federal de Pelotas
Marco Aurélio Serau Júnior - Doutor em Direitos Humanos - Professor na Universidade Federal do PR
Paloma Moraes Correa - Mestre em Direitos Humanos - Analista de Políticas Sociais
Pâmela Copetti Ghisleni - Mestre em Direitos Humanos - Advogada
Paulo Fernando de Britto Feitoza - Doutor em Direito - Juiz de Direito
Pedro González Montes de Oliveira - Mestre em Sociologia e Direito - Defensor Público do Estado do RJ
Renata Maria Silveira Toledo - Doutoranda em Função Social do Direito - Advogada
Silvana Maria Carbonera - Doutora em Direito - Professora da Universidade Federal do Paraná
Viviane Ceolin Dallastra Del Grossi - Mestre em Direitos Humanos - Defensora Pública Federal
Willi Sebastian Künzli - Doutorando em Direito Internacional - Advogado

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| APRESENTAÇÃO Olinda Vicente Moreira | 11 |
| EDITORIAL Daniel Mourgues Cogoy | 13 |
| I - TEMA ESPECIAL DESTA EDIÇÃO 30 ANOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR <i>30 YEARS OF CONSUMER PROTECTION LAWS</i> | 15 |
| Políticas Públicas e as lições preliminares da COVID-19: análise comportamental, Direito do Consumidor e a economia do cuidado <i>Public policies and the introductory lessons of COVID-19: behavioral analysis, Consumer Law and the economics of care</i> Diógenes Faria de Carvalho Vitor Hugo do Amaral Ferreira | 17 |
| Empréstimos bancários consignados de duas ou mais instituições financeiras: uma perspectiva à luz do Direito do Consumidor como Direito Fundamental <i>Bank payroll loans contracted from two or more financial institutions: a perspective in light of consumer law as a fundamental right</i> Miguel Ângelo Portela Pinheiro | 21 |
| II - SEÇÕES DA REVISTA DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA <i>PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND ACCESS TO JUSTICE</i> | 35 |
| A Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil: consolidação da instituição como instrumento de superação dos obstáculos ao acesso à justiça <i>The public defense on the new Brazilian civil procedure code: institution's consolidation as an instrument to overcome obstacles to access to justice</i> Felipe Caldas Menezes | 36 |

Mediação e conciliação: aplicação prática na Justiça Federal e perspectivas frente às novas tecnologias

Mediation and conciliation: practical application in federal justice and perspectives in view of new technologies

56

Tatiana Boghourian

Jânio Urbano Marinho Júnior

A inconstitucionalidade progressiva do prazo em dobro para a Defensoria Pública, previsto no artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 sob a ótica do princípio do acesso à justiça

The progressive unconstitutionality of the double term for public defense provided for in article 5, paragraph of Law 1.060 / 50 on the perspective of the principle of access to justice

79

Mariana Augusta dos Santos

Acesso à Justiça, curadoria especial e custeio do processo vistos a partir do peculiar caso da (não) concessão da gratuidade de justiça ao réu citado fictamente

Access to justice, special curator and cost of proceedings seen from the peculiar case of the (non) granting legal aid to the defaulting defendant

116

Suelen Tavares Gil

Indicadores de acesso à justiça no Brasil: um olhar para a capacidade atual das Defensorias Públicas estaduais considerando as peculiaridades regionais das populações (carentes) das unidades federativas

Indicators of access to justice in Brazil: a look at the current capacity of the state Public Defender's office considering the regional peculiarities of the (needy) populations of the federative units

143

Cristiano Brilhante de Souza

DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL E TRABALHO*RIGHT TO SOCIAL SECURITY AND WORK*

167

Questão probatória nas demandas envolvendo assédio moral na relação de emprego doméstico*Domestic employment's moral harassment and probatory issues***Ana Paula Villas Boas**

168

DIREITOS FUNDAMENTAIS E COLETIVOS*FUNDAMENTAL AND COLLECTIVE RIGHTS*

191

Os desafios da Defensoria Pública na resignificação dos espaços públicos*Challenges of Public Defender's Office to resignify public places***Wilza Carla Folchini Barreiros**

192

O fenômeno da judicialização e o acesso a medicamentos de alto custo no Brasil: uma revisão sistemática da literatura*The phenomenon of judicialization and access to high cost medications in Brazil: a systematic review of the literature***Sílvia Maria Aparecida Vitorino**

209

O "auxílio aluguel" manauara (Lei Municipal n. 1.666/2012) e a sua relação com as desocupações coletivas*The manauara's "rental aid" (municipal law n. 1.666/2012) and it's relation with the collective unoccupied***João Paulo Marques dos Santos**

233

DIREITO COMPARADO E INTERNACIONAL
COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW

257

**A ampliação da competência da Justiça Militar e sua
inconvenção: análise a partir da Convenção Americana
de Direitos Humanos**

*The extension of the jurisdiction of military justice and their inconventionality:
analysis from the american convention on human rights*

258

Paula Carolina Araújo da Silva
João Thomas Luchsinger

A nova Lei de Migração na sociedade brasileira

The new Migration Law in Brazilian society

280

Carlos Alberto Leite
Victória Sarmiento Mitre Leite

ESTUDO DE CASO
CASE STUDY

301

**A aplicação de um modelo de checklist como metodologia de
gestão de riscos na conformidade de registro de gestão no
âmbito da Defensoria Pública da União – um estudo de caso**

*The application of a checklist model as a risk management methodology
in compliance with management registration within the framework of the
Federal Public Defender's office- a case study*

302

Por Paulo Roberto Marra; Cleiton Gomes Prata da Silva

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES
GUIDELINES FOR AUTHORS

315

APRESENTAÇÃO

Com imensa satisfação, a Escola Nacional da Defensoria Pública da União apresenta mais um número da Revista da Defensoria Pública da União, periódico científico destinado a disseminar o conhecimento sobre temas afetos à Defensoria Pública, ao acesso à justiça e à promoção e defesa dos direitos humanos, agora em periodicidade semestral.

A Revista da Defensoria Pública da União reúne uma gama de trabalhos com perfis dos mais interessantes, no que tange às discussões da área. Isso porque, em seu conjunto, os artigos, as boas práticas e os estudos de casos apresentam reflexões sobre questões que atingem o cotidiano de parcela significativa da população brasileira.

O tema especial da edição - 30 anos do Código de Defesa do Consumidor -, reveste-se de especial significado, tendo em vista a singular importância da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para toda a sociedade brasileira e exemplo na regulamentação das relações de consumo no exterior. E conjugando a análise do atual contexto de crise sanitária e econômica à normativa de proteção das relações consumeristas tem-se o artigo do autor convidado desta edição.

As demais seções, núcleos permanentes da Revista da DPU, abordam o tema do acesso à justiça (com reflexões sobre o papel da Defensoria Pública no Código de Processo Civil, sobre a mediação e a conciliação, atuação itinerante, dentre outras), direito à seguridade social e trabalho (apontamentos sobre a questão probatória nas demandas envolvendo assédio moral na relação de emprego doméstico), direitos fundamentais e coletivos, direito comparado e internacional (reflexões sobre o direito militar e, também, sobre a lei de migrações). Ao final, o estudo de caso ressalta a relevância do gerenciamento de risco nas instituições.

Boa leitura a todos.

OLINDA VICENTE MOREIRA

Diretora-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

EDITORIAL

É com enorme satisfação que trazemos aos nossos leitores o décimo terceiro número da Revista da Defensoria Pública da União. Cada vez mais consolidada, nossa publicação passa, a partir de agora, a ter tiragem semestral. Desta forma, reforça-se nosso compromisso de oferecer aos leitores produções científicas inéditas, inovadoras, relevantes e de grande qualidade.

Esta edição se inicia com uma seção temática especial alusiva aos trinta anos da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, área permeada de forte atuação pela Defensoria Pública no Brasil. Para enriquecer a discussão sobre este tema, trazemos estudo elaborado pelo Professor Doutor Diógenes Farias de Carvalho, atual presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) e uma das maiores autoridades na área em nosso país. O seu estudo, marcado pela profundidade e ineditismo, aborda assuntos relevantes e atuais como a Pandemia Mundial de COVID-19, a economia do cuidado e comportamento *nudge*.

Mais adiante, a revista segue com as suas já tradicionais seções: Defensoria Pública e Acesso à Justiça, Direito à seguridade social e trabalho, direitos fundamentais e coletivos, direito comparado e internacional e estudos de caso.

Finalmente, privilegiou-se nesta edição um elevado percentual de exogenia, com ênfase para a diversidade na produção e divulgação do conhecimento que se almeja construir em favor dos temas delineados em nossa política editorial.

Registro ainda o meu reconhecimento e gratidão aos colegas membros do conselho editorial, equipe editorial, autores e pareceristas que contribuíram com denodo para a publicação desta obra.

A todos uma excelente leitura!

DANIEL MOURGUES COGOY
Editor-Chefe da Revista da DPU

I - TEMA ESPECIAL DESTA EDIÇÃO

30 ANOS DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR

30 YEARS OF CONSUMER PROTECTION LAWS

POLÍTICAS PÚBLICAS E AS LIÇÕES PRELIMINARES DA COVID-19: ANÁLISE COMPORTAMENTAL, DIREITO DO CONSUMIDOR E A ECONOMIA DO CUIDADO

PUBLIC POLICIES AND THE INTRODUCTORY LESSONS OF COVID-19: BEHAVIORAL ANALYSIS, CONSUMER LAW AND THE ECONOMICS OF CARE

Diógenes Faria de Carvalho

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) dfcarvalho01@hotmail.com

Vitor Hugo do Amaral Ferreira

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) Secretário-Geral do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) vitorhugodir@hotmail.com

Em tempos de pandemia, o que conhecíamos apenas em ficção ou relatos distantes da contemporaneidade, os agentes políticos se colocam no desafio de criar medidas que minimizem os efeitos, uma vez que evitá-los é impossível.

As políticas públicas enfrentam a urgência em ações que contemplem os aspectos sociais e econômicos. Estamos diante, entre outras circunstâncias, da suspensão das aulas em escolas e universidades, do fechamento do comércio, da proibição de eventos em massa, do distanciamento social e da limitação de fluxo em aeroportos.

Medidas interventivas sempre serão instrumentos de força e de autoridade, que justificam a atuação do Direito Administrativo, quando necessário, e a razão de ser do Estado, principalmente em momentos de crise mundial e pandemia. As medidas tornam-se necessárias para o combate da discriminação da COVID-19.

Os estudos de economia comportamental, em especial do *nudge*, que é uma técnica de conformação de escolhas a um comportamento-alvo e possível aos formuladores de políticas para enquadrar as opções envolvidas em determinado processo de tomada de decisão, pode estimular a adoção de uma conduta desejável, saudável e segura.

Assim, o *nudge* oferece uma estrutura que possibilita a mudança dentro da tomada de decisões dos envolvidos, a fim de obter alterações em seus comportamentos e atitudes, o

que constituiria melhorias para eles próprios e para a sociedade como um todo. O *nudging* é uma das descobertas da Economia Comportamental, que se baseiam extensivamente em suposições da psicologia comportamental e sobre suas heurísticas e vieses, e que já foram aplicadas a uma série de problemas atuais. O termo *nudge* nos leva à necessidade de definir também o que é entendido por Arquitetura de Escolha.

Este termo também foi definido como uma espécie de estímulo. É qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos.

A economia comportamental emerge como uma importante estratégia a ser adotada em políticas públicas para mudar o comportamento do cidadão. Os agentes de políticas públicas podem ser bem-sucedidos em levar os cidadãos ao comportamento cívico, caso sigam a arquitetura cognitiva da escolha que estes enfrentam no dia a dia e principalmente em momentos de crise.

A arquitetura da escolha começou sendo utilizada principalmente para elaboração de políticas públicas na Inglaterra, Estados Unidos e Austrália, por equipes governamentais (*Behavioural Insights Team*, *Social and Behavioral Sciences Team* e *Behavioural Economics Team of the Australian Government*, respectivamente) que ficaram conhecidas como *nudges unit* (equipe de cutuções). No entanto, aos poucos foi sendo aplicada por consultorias ao comportamento do consumidor pelo marketing, comportamento do colaborador pela gestão de pessoas. Hoje, as unidades governamentais têm se referido aos “nudges” de forma mais ampla, como insights comportamentais (*behavioral insights*), termo que frequentemente é encontrado no nome dessas entidades, como no pioneiro *Behavioural Insights Team*, criado no Reino Unido em 2010, e que serviu de estudo para diversas iniciativas semelhantes em outros países.

Em síntese, a economia comportamental confere cientificidade à fragilidade cognitiva-comportamental dos cidadãos; ela permite, também, a identificação dos padrões de comportamento, com intuito de subsidiar as políticas públicas em relação à formulação de leis e medidas de intervenção administrativa. Ao funcionamento do cérebro resta comprovada a confusão própria da condição humana, pois somos engenhosos em algumas coisas e muito inábeis em outras. Somos extremamente inteligentes, ao mesmo passo limitados em racionalidade.

Contudo, o objetivo do estudo da tomada de decisão, tomando-se como referência o fato de estarmos diante da pandemia da COVID-19, exige escolha ou mesmo determinação pelo isolamento, afastamento social, limitação e fracionamento de produtos, fechamento de serviços, novos hábitos de higiene, o que reforça o papel das emoções em face das relações com diferentes níveis de realidade e o modelo de tomada de decisão.

Regiões do país com maior índice de população idosa, caso da região sul, determinaram a restrição da circulação de pessoas acima de 60 anos. O Decreto do Executivo Municipal, em Porto Alegre/RS, por exemplo, determina que os idosos somente poderão deixar suas residências em caso de consultas médicas, exames, vacinação e compras de produtos alimentícios e de farmácia, com previsão de multa em caso de descumprimento.

O comportamento oferece convincentes vieses, ou seja, erros sistemáticos no julgamento e nas decisões, nesta tendência dos cidadãos em não se adaptarem às necessidades da crise. Muitos insights comportamentais são relevantes para uma análise da situação da pandemia e de como pensar em tratar esse problema. A multa imposta no decreto em comento induz a um comportamento pela lógica racional, que sem a multa, poderia, em muitos casos, manter idosos ainda nas ruas de Porto Alegre, motivados pelos impulsos emocionais.

A dicotomia entre a razão e a emoção é própria dos humanos - este processo dual que hoje se estuda nos processos cognitivos e afetivos envolvidos na tomada de decisão. É por estes sistemas que o cidadão está avaliando a sua situação na crise de pandemia, ao questionar se deve respeitar o isolamento social, ainda que unânimes as orientações de médicos, biólogos e especialistas da área da saúde; ao não fazer a higiene correta das mãos; ao usar máscaras fora do contexto; comprar remédios para prevenir a COVID-19; estocar alimento; gerar um comportamento compulsivo nas redes sociais e ir ao hospital sem grandes sintomas.

A revelação do comportamento não somente sugere que os cidadãos laborem sob uma variedade de poderosos preconceitos e crenças, mas que a libertação destes preconceitos é difícil, se não impossível. Condutas como a comprometedora superconfiança persistem insistentemente, mesmo quando as pessoas são alertadas sobre as incisivas probabilidades de eventos adversos. Por certo, quando as pessoas superestimam sua imunidade individual contra danos, pode ser que deixem de tomar medidas sensatas de prevenção. Se estiverem correndo riscos por causa do otimismo irreal, podem se beneficiar de um *nugde*. Assim, se as pessoas são constantemente lembradas dos números e de eventos ruins do COVID em outros países, podem diminuir o nível de otimismo.

Somos agentes econômicos, as nações se potencializam como instrumentos de poder também diante da sua força financeira. Podemos falar em uma sociedade do consumo impactada por uma sociedade econômica e vice-versa. Novas são as economias que conjugam um espaço mais leve diante da rigidez da economia clássica baseada na produção material.

A ordem atual modificou o jeito de fazer as coisas. Negócios digitais móveis e transmissão de pensamentos em tempo real criaram a tecnologia disruptiva (termo que define a inovação de um produto, ou serviço, com particularidades de provocar uma ruptura aos padrões já estabelecidos no mercado). As novas economias, entre elas a digital, ampliam o acesso em um tempo de produção desmaterializada, o que permite o surgimento de uma economia criativa e, por consequência, a economia de acesso, que proporciona, por sua vez, a economia de compartilhamento, que passa a exigir um cuidado com os bens e ambientes compartilhados, surgindo assim a economia da confiança.

De modo geral, o cenário que se projeta, necessariamente incerto, pois não se tem a dimensão dos efeitos finais, em todas as ordens, da COVID-19, irá trazer consigo o amadurecimento da economia do cuidado, consubstanciado à reconstrução do bem-estar das pessoas. Em sentido restrito, um dos setores que sinaliza cuidado advém das relações de consumo. Algumas medidas serão duras, porém legítimas se ao fim o objetivo for de

promover o bem-estar, o cuidado.

O quadro atual oferece um panorama geral da falibilidade humana, bem como demonstra que pessoas são influenciadas por *nudges*. Se o objetivo é proteger as pessoas da COVID-19, por que não ir além? Será que ordenar e proibir não são atitudes legítimas? Se os humanos de fato cometem erros sistemáticos, por que não protegê-los e proibi-los de errar? O ideal é apostar nas pesquisas empíricas das ferramentas da economia comportamental para o bem-estar da população e conscientização do imenso problema da pandemia mundial. A cooperação e boa-fé são uma valência para enfrentamento da COVID-19.

A vulnerabilidade como base principiológica sempre esteve presente ao se justificar a proteção aos mais frágeis, ao exemplo de consumidores e trabalhadores. A contemporaneidade está fazendo entender que somos, como nunca, todos vulneráveis, alguns ainda mais. Outros que tinham a condição de vulnerar, passam a entender o que é estar também em condições de vulnerabilidade, seguindo o exemplo anterior, os fornecedores e empregadores. As políticas públicas que estarão por vir devem entender a ruptura de paradigmas e o futuro do Direito do Consumidor terá que se valer em construir um espaço de cuidado como a primeira lição da COVID-19. Nova política, capaz de cuidar das mazelas sociais em consonância aos efeitos econômicos, levando em consideração que a maior das consequências da pandemia será a humana.

EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS CONSIGNADOS DE DUAS OU MAIS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS: UMA PERSPECTIVA À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

*BANK PAYROLL LOANS CONTRACTED FROM TWO OR MORE FINANCIAL INSTITUTIONS:
A PERSPECTIVE IN LIGHT OF CONSUMER LAW AS A FUNDAMENTAL RIGHT*

Miguel Ângelo Portela Pinheiro

*Bacharel em Direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)
Tutor na Universidade Federal
do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
Advogado*

miguel.pinheiro@adv.oabrj.org.br

RESUMO

O presente artigo visa trazer luz ao fato de que a concessão de empréstimos consignados em contracheque por parte de bancos e fornecedoras de crédito sem uma verificação apurada da saúde financeira do consumidor constitui prática abusiva. Este tipo de crédito deve tomar até 30% do salário líquido e é dividido em parcelas que são descontadas diretamente no contracheque do cliente, o que pode comprometer a sua subsistência e de sua família, especialmente no contexto de superendividamento em que se encontram boa parte dos brasileiros. Esta realidade é inaceitável no âmbito da Constituição Cidadã de 1988, cujo valor central é o princípio da dignidade da pessoa humana, e do Código de Defesa do Consumidor, que foi o subsistema concebido a partir da positivação da defesa do consumidor como direito fundamental no art. 5º, XXXII. Esta previsão expressa deve-se à ligação íntima entre a dignidade da pessoa humana e a dignidade do consumidor, pois o consumo é parte indissociável da vida nos tempos atuais e se dá em uma relação naturalmente desequilibrada entre fornecedores e consumidores. Deste modo, instituições financeiras devem verificar pormenorizadamente as condições de seus clientes assumirem empréstimos consignados, sob pena de sofrerem revisão contratual na esfera judicial a fim de acomodarem os empréstimos em mais parcelas quanto forem necessárias que não ultrapassem os 30% estabelecidos pela Lei Federal nº 10.820/2003. A defesa da dignidade enquanto direito fundamental da personalidade em muito supera o direito à satisfação do crédito por parte de bancos e organizações afins.

Palavras-chave: Empréstimo consignado. Direito do Consumidor. Direito Fundamental. Superendividamento.

ABSTRACT

This article aims to shed light on the fact that paycheck-deductible loans by banks and credit providers without an accurate verification of the consumer's financial health is an abusive practice. This type of credit must take up to 30% of the net salary and is divided into installments that are deducted directly from the customer's paycheck, which may compromise his or her family's subsistence, especially in the context of over-indebtedness in which a large part of Brazilians live. This reality is unacceptable under the Constitution of 1988, whose central value is the principle of human dignity, and the Consumer Protection Code, which was the subsystem conceived from the appointing of consumer protection as a fundamental right in art. 5th, XXXII. This is due to the intimate connection between human dignity and consumer dignity, since consumption is an inseparable part of life today and occurs in a naturally unbalanced relationship between suppliers and consumers. Accordingly, financial institutions must verify in detail the conditions of their customers to take payroll loans, otherwise they will be subject to contractual review in the judicial sphere in order to accommodate the loans in more installments as necessary, not exceeding the 30% established by Federal Law No. 10.820/2003. The defense of dignity as a fundamental right of personality far outweighs the right to credit satisfaction by banks and related organizations.

Key-words: Payroll loan. Consumer law. Fundamental right. Over indebtedness.

Data de submissão: 20/11/2019

Data de aceitação: 01/04/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO 2. DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL 3. MANUTENÇÃO DA MARGEM CONSIGNÁVEL DE 30% COMO MATERIALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DO CONSUMIDOR. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

As relações entre consumidores e fornecedores têm se revelado particularmente complexas e desiguais. A hipossuficiência inerente à condição de consumidor tem se acentuado a partir de condutas predatórias empreendidas especialmente por grandes empresas. O cenário previamente ilustrado amolda-se às relações estabelecidas entre clientes e bancos ou instituições financeiras que fornecem empréstimos consignados em folhas de

pagamento. Estes contratos de mútuo têm sido muito utilizados, porém a conjuntura precisa ser examinada pelo viés das condições financeiras do contratante para honrar esse compromisso sem prejudicar a sua dignidade enquanto cidadão e consumidor. O superendividamento, fruto da crise econômica que prejudica sobretudo os brasileiros mais pobres, é uma realidade que precisa ser combatida em todos os âmbitos.

Bancos e fornecedoras de crédito não deveriam conceder os referenciados empréstimos sem uma análise pormenorizada da saúde financeira do consumidor. Além disso, devem se certificar de que já não existe um empréstimo consignado previamente assinado com outra instituição. O limite máximo de descontos que podem ser efetuados a título de empréstimos consignados é de 30% do salário líquido do trabalhador, *ex vi* do art. 1º, §1º da Lei Federal nº 10.820/2003. Quando esta margem consignável é ultrapassada, é amplamente reconhecida na doutrina e na jurisprudência a imposição de revisão contratual, a fim de acomodar o valor emprestado dentro de parcelas que não superem o percentual legalmente estipulado.

No entanto, o quadro torna-se mais complexo ao envolver mais de uma concedente de empréstimo, especificamente quando estas não ultrapassam o percentual de 30% isoladamente, mas somadas comprometem grande parte dos vencimentos do cliente. A acomodação de todos os mutuantes dentro da margem consignável de 30% é uma mera consequência da posição topográfica da defesa do consumidor no sistema jurídico pátrio, visto que é positivada como direito fundamental (CRFB, art. 5º, XXXII), condição advinda da sua íntima relação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, III).

Neste sentido, a pesquisa de metodologia teórico-bibliográfica que originou este artigo exsurge da atuação advocatícia do autor, após ter obtido sucesso em primeira instância em ação paradigma com a causa de pedir aqui explicitada. Posteriormente, ocorreram outros contatos de potenciais clientes solicitando a redução do percentual de descontos de empréstimos consignados contraídos em mais de uma instituição financeira ou bancária. A recorrência indicou a iteração de prática condenável adotada por bancos e corporações afins, qual seja a não verificação das condições do cliente de arcar com os empréstimos contratados, especialmente tratando-se de consignação em contracheque, comprometendo percentual superior aos 30% permitidos.

É o que será exposto ao longo deste trabalho, tendo como prisma de análise a concepção da defesa do consumidor como direito fundamental.

1. CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

Os empréstimos consignados constituem uma espécie de linha de crédito bastante popular, pois possuem juros mais baixos por oferecerem menos riscos para as instituições bancárias. Isso ocorre porque os descontos das parcelas ocorrem diretamente nas folhas de pagamento dos contratantes, diminuindo o risco de inadimplência. Por conseguinte, é

um empréstimo mais facilmente obtido do que o crédito pessoal.¹

A natureza jurídica deste tipo de linha de crédito é de contrato mútuo, previsto no art. 586 do Código Civil/2002, e oneroso, devido à estipulação de juros, sendo denominado “mútuo feneratício” por Carlos Roberto Gonçalves.² A composição do referido negócio jurídico deve observar os princípios basilares do direito contratual como a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Este dever pressupõe que a parte com maior poder deve se abster de práticas impróprias direcionadas ao consumidor, presumidamente hipossuficiente.

No intuito de conter eventuais arbitrariedades, a Lei Federal nº 10.820/2003, no seu art. 1º, § 1º e incisos, determina um limite para os descontos advindos de empréstimos consignados em contracheque para empregados celetistas, *in verbis*³:

Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.

§ 1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para:

I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou

II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

Deste modo, as parcelas de empréstimo consignado não podem ultrapassar 35% dos ganhos líquidos do cliente. Porém, como 5% refere-se somente a gastos com cartão de crédito, o limite estabelecido e que deve ser respeitado é o de 30% do salário auferido. Assim, os trabalhadores contam com previsão legal expressa de um teto a ser obedecido nos descontos de consignados em folha de pagamento, ainda que tenham autorizado o banco a proceder às mencionadas deduções.

Por fim, a relação travada *in casu* é inequivocamente de consumo, nos termos do artigo

¹ SCHAEFER, S. V. D. **Empréstimo consignado aos beneficiários do INSS e o uso do contrato de adesão**. Adlogados, 2018.

² GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

³ BRASIL. Lei Federal nº 10.820/2003. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, Brasília, DF, 18 dez. 2003.

3º, § 2º da Lei nº 8.078/90, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁴ e da Súmula 297/STJ,⁵ razão pela qual são inteiramente aplicáveis as normas de ordem pública protetivas do consumidor.

2. DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A defesa do consumidor como direito fundamental é um princípio basilar a ser integrado em quaisquer análises de pleitos de natureza consumerista. Esta noção é ainda mais relevante no contexto atual de abusos da relação jurídica por parte de fornecedores. Não é incomum que se observe empresas dispensando serviços inadequados sem maiores preocupações com repercussões negativas. Isto ocorre apoiado em uma assimilação geral de que o judiciário é moroso e caro demais para o consumidor médio em um país desigual como este, de maneira que muitos clientes deixam de buscar devidas compensações na esfera judicial. Já para aqueles que chegam a ajuizar um processo, a lentidão favorece às corporações, que podem arcar com duradouras e custosas demandas. A aludida práxis deve ser combatida por atores políticos e institucionais, em prol da dignidade do consumidor como um autêntico direito da personalidade.

Conceitualmente, Tartuce & Neves enquadram o direito do consumidor como um direito fundamental de terceira dimensão, pois se relaciona com a fraternidade na divisão clássica associada ao lema da Revolução Francesa. Essa noção traduz que o direito do consumidor “visa à pacificação social, na tentativa de equilibrar a díspar relação existente entre fornecedores e prestadores”.⁶ A descrição dos doutrinadores ilustra porque a norma consumerista goza de guarida constitucional, haja vista seu alcance e aplicabilidade horizontal em quaisquer relações de consumo.

Em função disso, conforme disposto no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, no inciso XXXII, a proteção do consumidor é um direito fundamental.⁷ Tal previsão alça o direito do consumidor a uma posição de destaque no ordenamento jurídico nacional. Sarlet⁸ define que os direitos fundamentais são a positivação dos valores mais básicos da sociedade, um núcleo substancial de direitos que precisa ser conservado. Destarte, as normas consumeristas estão incluídas nesse grupo, ganhando grande proeminência e

⁴ Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁵ Súm. 297/STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

⁶ TARTUCE, F. NEVES, D. A. A. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 26.

⁷ Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁸ SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

elevada carga axiológica, tendo preponderância sobre outras leis que tangenciam a matéria.

É pacífico na doutrina o entendimento do direito do consumidor como direito fundamental, especialmente pelo caráter principiológico que emana da sua posição na Constituição da República. Com efeito, Nunes⁹ define que:

o caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais, [...] [pois] o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais.

O caráter fundamental conferido pela Constituição à defesa do consumidor, especificamente ao subsistema do CDC (cuja elaboração foi prevista no art. 48, ADCT¹⁰), significa que as normas atinentes à matéria dialogam frequentemente com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República expresso no artigo 1º, III da Carta Magna. Este é o princípio basilar de todo o bloco constitucional brasileiro, e que também se manifesta no âmbito das relações consumeristas. Na “sociedade de consumo”, a dignidade do consumidor é posta à prova constantemente, conforme enunciam Dahinten & Dahinten¹¹:

[...] Pelo menos considerando a realidade brasileira, é inegável tratar-se, a defesa do consumidor, seja na perspectiva formal, seja na material, de um direito fundamental. Da mesma forma, não faltam subsídios para enquadrar a defesa do consumidor, também, com um verdadeiro direito humano, sobretudo considerando as características da sociedade de consumo hoje reinante no mundo e a essencialidade do ato de consumir para o homem.

No Brasil, principalmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, observa-se um abarrotamento do Poder Judiciário nesta seara. Existem inúmeras ações consumeristas, provenientes do atendimento ruim que é oferecido por diversos fornecedores, especialmente grandes conglomerados que massificam suas atividades em detrimento da qualidade do serviço prestado. Ademais, estas empresas possuem condições de contratar as melhores assistências jurídicas disponíveis no mercado, ao passo que muitos consumidores lesados sequer buscam alguma prestação jurisdicional, de modo que compensa ao mau prestador de serviços a situação nestes moldes.

A relação desigual é um dos motivos para a ratificação constitucional da defesa do consumidor. Até a entrada em vigência do CDC, o que foi uma consequência direta da Constituição de 1988, as relações consumeristas eram regulamentadas pelo Código Civil de 1916, o que não supria a hipossuficiência dos consumidores frente às empresas. Logo, a desigualdade material inerente ao cenário fático se acentuava com julgamentos que consideravam o *pacta*

⁹ NUNES, R. **Curso de direito do consumidor**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 78.

¹⁰ ADCT, Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹¹ DAHINTEN, A. F.; DAHINTEN, B. F. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação do mínimo existencial de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, jan. 2017, p. 10.

sunt servanda e a autonomia da vontade sem as devidas e necessárias relativizações.¹²

Assim, pode-se considerar que a finalidade precípua do Código de Defesa do Consumidor é fazer com que particulares, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas, obedeçam ao direito fundamental da proteção ao consumidor. Outrossim, tal previsão consubstancia o princípio da dignidade da pessoa humana, que irremediavelmente passa pela dignidade do consumidor na sociedade contemporânea, eis que consumir é uma necessidade humana básica nos tempos atuais.¹³

E no que tange às necessidades básicas, os serviços bancários também podem ser assim classificados na esfera do consumo. A crise econômica pela qual passa o país hodiernamente é flagrante e assola principalmente aqueles menos favorecidos economicamente. Neste diapasão, a inevitabilidade de se tomar empréstimos junto às instituições financeiras é uma realidade presente em diversos lares brasileiros. Essa premência pode ser utilizada por essas organizações para empreender práticas exorbitantes, que se aproveitam da hipossuficiência de seus clientes para fornecer empréstimos sem maiores verificações da capacidade financeira do consumidor, gerando superendividamento. Este fenômeno é assim definido por Marques¹⁴:

O superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com Fisco, oriunda de delitos e de alimentos). Este estado é um fenômeno social e jurídico, a necessitar algum tipo de saída ou solução pelo Direito do Consumidor, a exemplo do que aconteceu com a falência e concordata no Direito da Empresa, seja o parcelamento, os prazos de graça, a redução dos montantes, dos juros, das taxas, e todas as demais soluções possíveis para que possa pagar ou adimplir todas ou quase todas as suas dívidas, frente a todos os credores, fortes e fracos, com garantias ou não. Estas soluções, que vão desde a informação e o controle da publicidade, direito de arrependimento, para prevenir o superendividamento, assim como para tratá-lo são fruto dos deveres de informação, cuidado e principalmente de cooperação e lealdade oriundas da boa-fé para evitar a ruína do parceiro (exceção da ruína), que seria esta sua “morte civil”, exclusão do mercado de consumo ou sua “falência” civil com o superendividamento.

É sobre este contexto que se debruça a presente pesquisa. Tal realidade deve ser combatida pelo Poder Judiciário e pelas funções essenciais à justiça, como a advocacia privada, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

¹² FILHO, E. C. L. A defesa do consumidor como um direito fundamental: aspectos relevantes da constitucionalização do direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4397, jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40894>. Acesso em: 16 nov. 2019.

¹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 14, n. 56, out.-dez. 2005, p. 12.

3. MANUTENÇÃO DA MARGEM CONSIGNÁVEL DE 30% COMO MATERIALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DO CONSUMIDOR

Este estudo originou-se da representação judicial realizada pelo autor na sua prática advocatícia, quando ajuizou ação de obrigação de fazer em nome de seu cliente visando a redução da margem de descontos de empréstimos consignados ao percentual de 30% do seu salário líquido. No caso em tela, as parcelas descontadas eram provenientes de empréstimos contraídos em dois bancos diferentes, e somavam 51,4% do salário líquido do cliente. Tamanho desconto é inaceitável na medida em que se trata de verbas de caráter alimentar, o que afeta decisivamente a subsistência do cliente. À vista disso, não restou alternativa senão socorrer ao Judiciário para reduzir a margem consignada ao percentual de 30%, o que foi reconhecido em decisão de primeira instância.¹⁵

Portanto, é flagrante a desproporcionalidade entre os descontos advindos de contratos de fornecimento de crédito, que já incluem encargos e juros acumulados em progressão geométrica, e o valor integral dos vencimentos do requerente. Não se pode olvidar que as instituições financeiras, cuja finalidade principal é a obtenção de lucro, concedem sucessivos empréstimos, por vezes não se acautelando quanto à capacidade de pagamento do consumidor, colocando-o em desvantagem exagerada, ou seja, algo incompatível com a boa-fé objetiva e a igualdade material. O bem jurídico da dignidade do consumidor é um direito fundamental da personalidade a ser resguardado, e que se sobrepõe ao direito de satisfação do crédito por parte dos bancos.

É consabido que nas últimas décadas, com esteio do Neoconstitucionalismo e do Direito Civil-Constitucional, o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana deve permear a análise dos termos do contrato assinado, quando assim for pertinente.¹⁶ Mesmo que o instrumento possua a anuência do consumidor, sabe-se que o princípio da autonomia privada não é absoluto e deve respeitar aos princípios legais e constitucionais, como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a razoabilidade, sob o risco de ferir o sustento do contratante hipossuficiente. Por decorrência lógica, e em homenagem aos princípios acima elencados, há de ser procedida a redução da margem consignável em apreço ao patamar de

¹⁵ AÇÃO ORDINÁRIA Nº 0003131-05.2019.8.19.0004 (SÃO GONÇALO/RJ). DIREITO DO CONSUMIDOR. Por fim, quanto ao pedido de compensação dos danos morais, entendo presente violação aos direitos da personalidade. A quantia descontada é vultuosa e representa débito de caráter alimentar. Todavia, deve ser sopesado no quantum que a parte possui débitos junto ao banco. Em atenção aos arts. 5º, X da CR, 6º, VI e VII do CDC e ao viés punitivo-pedagógico do instituto, arbitro como sendo proporcional e razoável a quantia de R\$2.000,00 (dois reais). Ante o exposto, julgo PROCEDENTE, na forma do art. 487, I do CPC, o pedido e condeno ambos os réus de forma solidária: 1) a limitar os descontos em conta corrente em 30% (trinta por cento) dos ganhos líquidos da parte autora, excetuados os descontos legais, devendo se abster de realizar descontos a maior, no prazo de até 10 (dez) dias úteis, sob pena de multa equivalente ao dobro de cada desconto indevido, e, 2) ao pagamento da quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais) a título de compensação dos danos morais, com correção monetária do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês da citação.

¹⁶ FILHO, E. C. L. A defesa do consumidor como um direito fundamental: aspectos relevantes da constitucionalização do direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4397, jul. 2015, *passim*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40894>. Acesso em: 16 nov. 2019.

30%, de maneira a conformar os descontos na forma prevista em lei.¹⁷

Ainda que o demandante tenha celebrado os contratos com os bancos réus no afã de socorrer-se, é certo que as instituições financeiras possuem a obrigação e a capacidade de verificar o potencial de endividamento de seus clientes antes de autorizar empréstimos, sobretudo com descontos automáticos em conta corrente ou na própria folha de pagamento. A legislação e a jurisprudência são uníssonas em proteger as garantias e princípios constitucionais dos mutuários, uma vez que as relações de cunho financeiro têm como parte mais poderosa as grandes empresas bancárias que fornecem linhas de crédito para a população largamente endividada. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.¹⁸

¹⁷ PÁDUA, F. R. C. de. Empréstimo consignado em folha de pagamento. Comentários ao artigo 2º, § 2º, da Lei nº 10.820/03. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2316, 3 nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13780>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa Des(a). LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO - Julgamento: 22/03/2017 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DECISÃO IMPUGNANDA QUE INDEFERIU A LIMITAÇÃO DOS EM 30% DOS RENDIMENTOS BRUTOS, SUBTRAÍDOS OS DESCONTOS COM IMPOSTO DE RENDA E PREVIDÊNCIA. **SUPERENDIVIDAMENTO. RETENÇÃO DE VALORES EM CONTA-CORRENTE, ORIUNDA DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO OU DE UTILIZAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO, NÃO PODE ULTRAPASSAR O PERCENTUAL DE 30% DO SALÁRIO DO CORRENTISTA. INTELIGÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES Nº 200 E 295, DO TJRJ. PROVIMENTO DO RECURSO.** 1. “A retenção de valores em conta corrente oriunda de empréstimo bancário ou de utilização de cartão de crédito não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do correntista.” Súmula nº 200, TJRJ); 2. **“Na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor.”** (Súmula nº 295, TJRJ); 3. “Essa orientação vem sendo seguida por ambas as Turmas componentes da Segunda Seção, entendendo-se, todavia, que os descontos contratados devem observar o limite de 30% da remuneração bruta, subtraídos o Imposto de Renda e os descontos previdenciários. (AgRg no AREsp 66002 / RS- Min. Rel. Raul Araújo – Quarta Turma- Julgado em: 21/08/2014); 4. Nesse sentido, é possível ao servidor comprometer contratualmente até 30% de sua remuneração mensal desde que nesse percentual estejam subtraídos necessariamente os descontos obrigatórios. Jurisprudência do Col. STJ e desta Eg. Corte; 5. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 22/03/2017

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITE DE 30% (TRINTA POR CENTO) DOS VENCIMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **Os descontos na folha de pagamento de servidor público devem ser limitados a 30% (trinta por cento) de sua remuneração, em função do princípio da razoabilidade e do caráter alimentar dos vencimentos. Precedentes.** 2. Agravo Regimental do BANCO SANTANDER desprovido. (STJ; AgRg no REsp 979.442/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015).

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. Trata-se de recurso especial (...), fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, manejado em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Nas razões do especial, alega a parte recorrente, violação dos artigos 187 e 944 do CC, 535 e 649, IV, do CPC, 6º, IV e V, 14, 51, I e IV, do CDC e à Súmula 297/STJ e dissídio jurisprudencial(...). Com efeito, no que pertine ao desconto em folha, a decisão proferida pelo Tribunal a quo, ao limitar em 30% (trinta por cento) os descontos decorrentes de empréstimo bancário efetuados na conta-corrente do ora recorrente, está em consonância com o posicionamento firmado por este Egrégio Tribunal, no sentido de não se admitir que a instituição financeira se aproprie integralmente do salário do cliente depositado em sua conta corrente, com o objetivo de solver a dívida decorrente do contrato de empréstimo, ainda

No escólio jurisprudencial dos tribunais superiores, tem sido observada a garantia legal sobre empréstimos bancários. Estes não podem tomar dos trabalhadores parte tão grande de seus salários a ponto de deixá-los sem o amparo de tudo o que é constitucionalmente garantido como direitos fundamentais básicos. Consoante o supracitado, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana prevalece sobre os termos do contrato assinado. Dessa maneira, compete aos bancos e fornecedoras de crédito o cumprimento do percentual legalmente prescrito, sob pena de serem judicialmente impelidos a moldarem os empréstimos nos termos das normas em vigor.

Insta salientar que esta cognição já deve ser aplicada em sede de tutela de urgência. Não se pode subestimar o fato de que a controvérsia aqui abordada versa essencialmente sobre verbas alimentares, de sorte que a prestação jurisdicional deve ser ágil com o intuito de reestabelecer a justiça, ainda que provisoriamente. Já no que concerne aos critérios disciplinados no art. 300 do CPC/2015, a probabilidade do direito é flagrante por mera leitura do art. 1º, § 1º da Lei Federal nº 10.820/2003. Também não há risco ao resultado útil do processo, tampouco dano irreparável. De fato, não é razoável suscitar a noção de dano irreparável aos réus em questão. Foi este o julgamento obtido em recente decisão interlocutória transcrita.¹⁹

que exista previsão contratual para tanto. Isso porque, tais verbas, por terem nítido caráter alimentar, não podem sofrer qualquer tipo de constrição” (STJ, Resp 1.227.376-PR (2010/0218179-1), 3ª-T, j. Em 7.2.2011, Rel. O Min. VASCO DELLA GIUSTINA).

¹⁹ PROCESSO Nº 0099705-85.2019.8.19.0038 (NOVA IGUAÇU/RJ). 1- Defiro JG. 2- Trata-se de ação de OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA [...], na qual a parte autora visa em tutela de urgência diminuição dos valores das prestações de empréstimos ao limite de 30% do salário líquido. Muito embora o deferimento da tutela antecipada não dependa de profunda dilação probatória, devem estar presentes os requisitos constantes no art. 300 do CPC, quais sejam, a prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. À luz desses elementos, conclui-se que, para se obter a antecipação de tutela, é necessário que os elementos probatórios evidenciem a veracidade do direito alegado, formando um juízo máximo e seguro de probabilidade. Após análise da narrativa da inicial, verifico a existência de prova inequívoca quanto à verossimilhança das alegações da parte autora, uma vez que a retenção superior a 30% dos rendimentos líquidos do autor para pagamento de débitos, compromete sua subsistência e afronta ao princípio basilar da dignidade humana. O direito à satisfação do crédito, não obstante seja assegurado na Constituição da República, não é absoluto, devendo ser relativizado quando em conflito com a garantia fundamental do mínimo existencial à sobrevivência digna. Assim, não sendo caso de irreversibilidade da medida, imperiosa concessão da tutela de urgência em sua integralidade, de modo que os descontos fiquem adstritos a (30) trinta por cento dos ganhos líquidos do autor não sobre sua remuneração bruta. Neste sentido, temos a Súmula 295 do TJRJ : ‘Na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor.’ Neste diapasão, é a jurisprudência recente deste Tribunal de Justiça: DESCONTOS AO PERCENTUAL DE 30 % DOS VENCIMENTOS. A retenção de valores em conta corrente oriunda de empréstimos bancários não pode ultrapassar o percentual de 30% dos rendimentos do correntista. Inteligência do verbete sumular n.º 200 do E. TJRJ. Sentença que fixou o limite os descontos das parcelas de todos os contratos realizados no percentual de 30% (trinta por cento) dos rendimentos brutos da autora, diante do superendividamento da apelada. Sentença que merece um reparo de ofício haja vista que o pedido da autora se restringe aos rendimentos líquidos, e não rendimentos brutos. Teses recursais que merecem rejeição, já que a negociação em tela sujeita-se à limitação de descontos máximos de 30% dos rendimentos líquidos do mutuário. RECURSO A QUE SE CONHECE E AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (DES. NATACHA TOSTES OLIVEIRA - Julgamento: 08/06/2015 - VIGESIMA SEXTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR). Ante ao exposto, DEFIRO O PEDIDO TUTELA DE URGÊNCIA para determinar que os réus limitem os descontos na folha de pagamento do autor, de modo que fiquem adstritos a 30% do vencimento líquido da autor , sob

Notoriamente existe um grupo de bancos que detêm um seletivo oligopólio da atividade bancária neste país. É fato público e amplamente divulgado que estas poucas instituições financeiras vêm apresentando lucros bilionários, passando ao largo da grave crise que aflige o Brasil na última década. Via de consequência, é uma violação ao princípio constitucional da razoabilidade que se ventile a ocorrência de dano irreparável aos grandes bancos que atuam neste país, por serem compulsoriamente constrangidos a reduzir os descontos a título de empréstimos consignados, com a finalidade de se adequar à legislação vigente e ao espírito da Constituição Cidadã.

Assim, deve ser rechaçada de plano a conduta das instituições financeiras de se apropriarem de considerável parte da remuneração de seus clientes para reembolsarem os empréstimos concedidos, sem antes realizarem um prévio e rigoroso controle sobre a saúde financeira do eventual mutuário. O consumidor, parte hipossuficiente nesta associação, tem de ser preservado de descontos que comprometam a proteção constitucionalmente assegurada ao seu salário (artigo 7º, X, CRFB), bem como sua própria sobrevivência, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contemporânea sociedade de consumo, é flagrante a utilização de condutas questionáveis por parte de fornecedores, que se apoiam na hipossuficiência do consumidor para oferecerem serviços falhos e não serem propriamente responsabilizados por isso. Instituições bancárias se inserem neste enquadramento, haja vista o reconhecimento da natureza consumerista do serviço prestado e o grande poderio econômico e político que têm à disposição. Nos últimos anos, de forma inversamente proporcional às adversidades vivenciadas pela maior parte da população brasileira, essas organizações têm experimentado crescimento exponencial e sucessivos lucros bilionários, o que está intrinsecamente associado ao panorama socioeconômico atual.

Devido à implacável crise que acossa o Brasil, cada vez mais as pessoas estão recorrendo a empréstimos bancários, dentre os quais a consignação em contracheque oferece menos restrições para que seja obtida. A exemplo do foi demonstrado neste artigo, esta é uma modalidade vantajosa para as financeiras, uma vez que a possibilidade de inadimplência é consideravelmente menor com descontos efetuados diretamente no salário do cliente. Em se tratando de somente um banco ou instituição financeira, não há maiores dúvidas quanto à retificação para recuo da margem consignável até o limite legal de 30%. Contudo, ainda não há jurisprudência suficientemente pacífica para demarcar uma posição segura aos consumidores quando se trata de dois ou mais empréstimos contraídos em empresas diversas.

A despeito disso, o direito consumerista possui o condão de mitigar a hipossuficiência

pena pena de multa equivalente ao dobro de cada parcela descontada. Oficie-se à fonte pagadora do teor desta decisão. Citem-se. Intimem-se.

do consumidor nas desequilibradas relações com grandes fornecedores. Isso deve ser reproduzido nos casos em que práticas predatórias são identificadas, como a concessão de empréstimos sem acurado exame das condições do cliente de arcar com as parcelas descontadas diretamente em contracheque. No espírito da Constituição de 1988, essa é uma obrigação das empresas fornecedoras de crédito, uma vez que o superendividamento acarreta em grave declínio da qualidade de vida e integridade psíquica do cidadão, interferindo na sua dignidade enquanto direito da personalidade.

Decerto que a consagração da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Cidadã de 1988 foi uma indispensável evolução legislativa, pois essa previsão ocorre pela materialização que o direito do consumidor confere ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Todos os sujeitos inevitavelmente serão consumidores em dado momento, o que representa uma verdade inexorável: a salvaguarda da dignidade do consumidor é fundamental para que o valor central do ordenamento jurídico brasileiro seja obedecido na realidade fática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum 2019**. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Lei Federal nº 10.820/2003. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, Brasília, DF, 18 dez. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Lei nº 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.820.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

DAHINTEN, A. F.; DAHINTEN, B. F. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação do mínimo existencial de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, jan. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.05.PDF. Acesso em: 15 nov. 2019.

FILHO, E. C. L. A defesa do consumidor como um direito fundamental: aspectos relevantes da constitucionalização do direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4397, jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40894>. Acesso em: 15 nov. 2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, C. L. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 14, n. 56, out.-dez. 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

NUNES, R. **Curso de direito do consumidor**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PÁDUA, F. R. C. de. Empréstimo consignado em folha de pagamento. Comentários ao artigo 2º, § 2º, da Lei nº 10.820/03. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2316, nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13780>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHAEFER, S. V. D. **Empréstimo consignado aos beneficiários do INSS e o uso do contrato de adesão**. Adlogados, 2018. Disponível em: <https://www.adlogados.com/artigos/visualizar/emprestimo-consignado-aos-beneficiarios-do-inss-e-o-uso-do-contrato-de-adesao>. Acesso em: 15 nov. 2019.

TARTUCE, F. NEVES, D. A. A. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA
E ACESSO À JUSTIÇA

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND ACCESS TO JUSTICE

A DEFENSORIA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONSOLIDAÇÃO DA INSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

THE PUBLIC DEFENSE ON THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE: INSTITUTION'S CONSOLIDATION AS AN INSTRUMENT TO OVERCOME OBSTACLES TO ACCESS TO JUSTICE

Felipe Caldas Menezes

*Especialista em Direito Civil e Processual Civil
pela Universidade Estácio de Sá
Defensor Público Federal*

felipe.menezes@dpu.def.br

RESUMO

Aborda-se no presente trabalho as normas do Novo Código de Processo Civil que versam sobre a Defensoria Pública e sua atuação como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pelo acesso à justiça das pessoas necessitadas. Analisa-se se o NCPC trouxe inovações e avanços no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema. Constatou-se, da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência pátrias que, apesar de não haver integral ineditismo das inovações normativas, a nova legislação processual representou um avanço sobre a temática da Defensoria Pública e do acesso à Justiça no Brasil, especialmente na confirmação de seu real papel.

Palavras-chave: Código. Processo Civil. Defensoria Pública. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This study analyze the rules of The New Brazilian Civil Procedure Code about the Public Defense and its place as an Institution essential to the jurisdiction function of the State, responsible for the access to justice for the disadvantage people. This study addresses if the New Brazilian Civil Procedure brought innovations and advances on the Brazilian law system about the theme. It have been found, through the analysis of the legislation,

the doctrine and the jurisprudence that, in spite of there is no integral uniqueness in the law innovation, the new procedure law has represented a progress in the theme of Public Defense and about access to justice in Brazil, especially by the confirmation of its real role.

Keywords: Code. Civil Procedure. Public Defense. Access to justice.

Data de submissão: 10/12/2018

Data de aceitação: 03/01/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL E A DEFENSORIA PÚBLICA NO NCPC 2. CONCEITO DE DEFENSORIA PÚBLICA E ESPECTRO DE ATUAÇÃO INSTITUCIONAL 3. PRINCIPAIS NORMAS RELATIVAS À ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO NCPC 3.1. Legitimidade para atuação em Ações e Incidentes com Repercussão Coletiva 3.2. Atuação da Defensoria Pública mediante a utilização dos Métodos de Solução Consensual de Conflitos 3.3. A intimação nos processos em que atua a Defensoria Pública e Prazo em Dobro 3.4. A Responsabilidade do Defensor Público 4. A DEFENSORIA COMO INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICCIONAL MOLDADA PARA SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS DO ACESSO À JUSTIÇA. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as repercussões do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC) na atuação da Defensoria Pública como Instituição vocacionada a garantir o acesso à Justiça das pessoas necessitadas.

A doutrina vem debatendo, em diversas searas, sobre os efeitos da nova legislação processual em relação às instituições e institutos existentes no ordenamento jurídico brasileiro e no que pertine a um dos principais objetivos da nova legislação processual codificada, qual seja, o de dar maior efetividade às garantias constitucionais da razoável duração do processo e do acesso à Justiça.

O objetivo do trabalho é contribuir mediante a análise dos principais dispositivos trazidos pelo NCPC relativos à atuação institucional (sem a pretensão de análise de sua totalidade, por fugir ao escopo delimitado), da doutrina e da jurisprudência correlatas, analisando se representaram efetiva inovação sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio, bem como se estão de acordo com os objetivos da nova codificação.

A escolha do tema para análise em trabalho de conclusão de curso deu-se pela constante avaliação crítica das alterações processuais realizadas pelo NCPC, durante o curso de pós-graduação e pelo fato de o autor considerar que o estudo do tema pode levar a uma melhor compreensão das atribuições da Instituição, e, das ferramentas processuais que estão atualmente à sua disposição, dentro do cenário da nova legislação processual vigente, seja pelos próprios membros e servidores, seja pelos demais profissionais do Direito que lidam com a Instituição em seu dia a dia.

1. O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E A DEFENSORIA PÚBLICA NO NCPC

Algumas das normas presentes no NCPC mais elogiadas pela doutrina processualista¹ foram as contidas no Livro I, Título Único, Capítulo I, que traz as “Normas Fundamentais do Processo Civil” (arts. 1º a 12 do NCPC), na medida em que trouxeram para o texto da codificação a visão expressa de que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.²

Além dessa regra geral, que corresponderia à adoção de uma ótica de direito processual constitucional,³ outros dispositivos densificaram infraconstitucionalmente a aplicação de princípios constitucionais⁴ como o acesso à Justiça (art. 3º, *caput*, do NCPC c/c art. 5º, inciso XXXV, da CRFB), a razoável duração do processo (art. 4º do NCPC c/c art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB), do contraditório e da ampla defesa (art. 7º do NCPC c/c art. 5º, inciso LV, da CRFB), da dignidade humana, da razoabilidade, da legalidade e da eficiência (art. 8º do NCPC c/c arts. 1º, inciso III, 5º, inciso LIV, e 37, *caput*, da CRFB), publicidade dos julgamentos e fundamentação das decisões judiciais (art. 11 do NCPC c/c art. 93, inciso IX, da CRFB).

¹ Embora alguns processualistas façam a ressalva de que a observância das normas constitucionais, por ocuparem o ápice do ordenamento jurídico e servirem de fundamento de validade para as demais normas (visão kelseniana de hierarquia das normas), não necessitariam obrigatoriamente de serem mencionadas no Novo Código de Processo Civil (BUENO, C. S., coord., Comentários ao Código de Processo Civil - Volume - 1. São Paulo: SaraivaJur, 2017, p. 22 e JUNIOR, N. N.; NERY, R. M. de A, Código de Processo Civil Comentado. 16ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016, pp. 195-196, notas n. 2-4), acabam por aplaudir a finalidade didática dos dispositivos no sentido de estabelecer-se uma nova cultura de compreensão do sistema processual a partir da Constituição Federal, permitindo uma melhor concretização dos direitos (BUENO, C. S., Op. cit., p. 22; MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. O Novo Processo Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, pp. 167-168; CAMBI, E.; OLIVEIRA, P. S. de. Autonomia e Independência Funcional da Defensoria Pública. In: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, José Augusto Garcia de - coord., JR. Fredie Didier - coord. geral, Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 52-65).

² Art. 1º do NCPC.

³ JUNIOR, N. N.; NERY, R. M. de A., Op. cit., p. 196, nota n. 5.

⁴ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. Op. cit., p. 168

Neste verdadeiro “esforço constitucionalizante” do processo,⁵ a Defensoria Pública, instituição eleita pela CRFB como modelo estatal oficial^{6,7} de prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, inciso LXXIV, c/c art. 134 da CRFB), o qual pode ser classificado como *staff model*,⁸ é inserida expressamente no texto do NCPD em título próprio (Livro III, Título VII) e com cerca de sessenta dispositivos referindo-se à atuação da Instituição.⁹

Logo, dispositivos relativos à Defensoria Pública, assim como os princípios e garantias processuais existentes na CRFB, foram inseridos expressamente no NCPD como uma forma de reafirmar a necessidade de enxergar-se o processo sob a ótica das normas constitucionais.

Nesse espírito, passa-se à análise dos principais dispositivos do NCPD, que tratam da Defensoria Pública e da atuação de seus membros, de forma a poder-se verificar a ocorrência de efetivo avanço sobre o tema na Lei nº 13.105/2015.

2. CONCEITO DE DEFENSORIA PÚBLICA E ESPECTRO DE ATUAÇÃO INSTITUCIONAL

O primeiro dispositivo do título próprio que trata da Defensoria Pública no NCPD é o art. 185, o qual apresenta a seguinte redação: “A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita”.

A redação estabelece a função exercida por esta Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, que já consta nos conceitos atualmente existentes nas redações do art. 134, *caput*, da CRFB e do art. 1º da Lei Complementar nº 80/1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LONDP/1994).

Na esteira do já explanado no capítulo anterior, não houve grandes alterações do papel exercido pela Defensoria Pública por meio da redação do art. 185 do NCPD, mas sim

⁵ RÉ, A. I. M. R. O Processo Civil em Xequê: Os Desafios e As Perspectivas de Um Novo Diploma. A Defensoria Pública e seu Papel. In: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 52-65.

⁶ SILVA, H. M. da, **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Brasília: Fortium, 2007, pp. 12-16.

⁷ Art. 4º, § 5º, da Lei Complementar nº 80/1994, com redação da Lei Complementar nº 132/2009.

⁸ ALVES, C. F. **Justiça para Todos!** Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 45-50

⁹ SOUSA, J. A. G. de. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos – e Responsabilidades – para uma Instituição enfim essencial. In: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. Fredie Didier (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016, p. 470. ARAÚJO, J. A. O Litígio Coletivo da Posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria Pública. In: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. Fredie Didier (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016, p. 427.

a consolidação do papel da Instituição no bojo da codificação. Cabe destacar que, mais uma vez, fica claro que o papel da Defensoria Pública no ordenamento jurídico vai além da sua função mais tradicional de atuação judicial e extrajudicial¹⁰ em prol de pessoas naturais economicamente necessitadas (com hipossuficiência de recursos financeiros), especialmente no que se refere ao seu papel na tutela coletiva e na defesa de direitos humanos.

Ante à clara ampliação no ordenamento jurídico pátrio das funções institucionais da Defensoria Pública, não relacionadas especificamente com a necessidade econômica ou com a hipossuficiência de recursos financeiros,¹¹ José Augusto Garcia de Sousa¹² considera ultrapassada a classificação entre funções institucionais típicas e atípicas, sugerindo uma nova classificação.

O referido autor denominou, de um lado, de atribuições “tradicionais” ou “tendencialmente individualistas” as que compreenderiam apenas as atribuições ligadas exclusivamente à carência econômica e, de outro, denominou de atribuições “não tradicionais” ou “tendencialmente solidaristas”, aquelas que abrangem a proteção a um só tempo de pessoas carentes economicamente e de pessoas não carentes financeiramente,¹³ as que beneficiariam pessoas não necessariamente carentes, mas com repercussão em favor de pessoa carente,¹⁴ bem como as que sejam direcionadas a sujeitos especialmente protegidos pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não a econômica,¹⁵ além daquelas em que a atuação se dá preponderantemente em favor de valores relevantes do ordenamento jurídico.¹⁶

Resta evidente, pois, tanto do texto normativo quanto da doutrina, a atuação da De-

¹⁰ Lembre-se que a assistência jurídica prevista nos arts. 5º, inciso LXXIV, da CRFB/1988 é serviço público mais amplo do que a assistência judiciária referida em textos constitucionais anteriores e na Lei nº 1.060/1950, na medida em que, ao contrário daquela, não fica adstrita ao âmbito judicial, abrangendo a orientação jurídica e a representação também em âmbito extrajudicial (ALVES, C. F.; PIMENTA, M. G. **Acesso à Justiça**: em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 103).

¹¹ Para Felipe Kirchner “Os conceitos de ‘necessidade’ e ‘insuficiência de recursos’ (arts. 5º, LXXIV, e 134 da CRFB/88), bem como a designação legal de ‘hipossuficiência’ (artigo 4º, VII, da LC 80/94), não promovem uma restrição conceitual à dimensão econômica do indivíduo, o que advém, única e exclusivamente, de uma leitura incorretamente centrada no paradigma da Lei nº 1.060/50, a qual adota o paradigma econômico por estar historicamente condicionada ao sistema de justiça gratuita, garantidora apenas do direito à gratuidade das custas e despesas processuais (KIRCHNER, F. Os métodos Autocompositivos na Nova Sistematização Processual Civil e o Papel da Defensoria Pública. *In*: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. Fredie Didier (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016, p. 240).

¹² SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., pp. 483-485.

¹³ Aqui José Augusto Garcia de Sousa cita como exemplo uma ação civil pública relativa a direitos difusos (SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., p. 484).

¹⁴ Exemplifica o autor esta hipótese com a representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada (SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., p. 484).

¹⁵ Ilustra o autor citado esta hipótese com a defesa de um portador de deficiência (SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., p. 484).

¹⁶ A defesa do réu sem advogado na área criminal (art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal) e a curadoria especial na área cível (art. 72, caput e parágrafo único, do NCPC) são os exemplos citados pelo autor (SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., p. 484).

fensoria Pública em funções institucionais diversas daquelas tradicionalmente ligadas à necessidade de cunho econômico e à hipossuficiência de recursos financeiros, devendo ter especial destaque, nas atribuições não tradicionais, a atuação em prol da defesa de pessoas ou grupos de pessoas vulneráveis¹⁷ e na tutela de direitos humanos.¹⁸

Em relação à vulnerabilidade, a doutrina especializada¹⁹ defende que o conteúdo de tal expressão é melhor delimitado pelas denominadas “100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”, formuladas na XIV Edição da Conferência Judicial Ibero-Americana,²⁰ que em sua Seção 2ª estabelece o conceito que se segue:

Seção 2ª.- Beneficiários das Regras

1.- Conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico.

Isto mostra que a caracterização de situação de vulnerabilidade é bem mais ampla do que um conteúdo estritamente econômico (o qual, sem dúvidas, por si só também é importante fonte de vulnerabilidade de forma isolada ou exacerbando outras espécies de hipossuficiência²¹), e abrange dificuldades do exercício pleno do acesso à Justiça e dos demais direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, decorrentes também de condições

¹⁷ Atribuição melhor especificada no inciso IX do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994.

¹⁸ Vide art. 3º-A, inciso III, e art. 4º, incisos III e VI, da Lei Complementar nº 80/1994.

¹⁹ KIRCHNER, F. Op. cit., p. 242. MAGNO, P. Defensoria Pública e Assistência Jurídica Internacional: Uma Leitura do Novo Código de Processo Civil à Luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. Fredie Didier (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016, p. 622. SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., pp. 483-484.

²⁰ <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em 16/02/2018.

²¹ MAGNO, P. Op. cit., pp. 621-623.

pessoais relacionadas à idade,²² ao gênero,²³ ao estado físico ou mental do indivíduo,²⁴ ou por circunstâncias sociais, éticas ou culturais.

Entende-se mais consentâneo, pois, com as normas que regulamentam a atuação da Defensoria Pública, tanto constitucional, quanto infraconstitucionalmente, que se adote o conceito de vulnerabilidade como norteador da delimitação do conteúdo da atuação da Instituição, revelando o real significado dos termos “insuficiência de recursos” e “necessitados” existentes nos arts. 5º, inciso LXXIV, e 134, da CRFB.²⁵

Para concluir, com o objetivo de tentar simplificar e deixar mais autoexplicativa a terminologia utilizada, sugere-se uma nova classificação para as funções da Defensoria Pública, de acordo com a predominância de determinada espécie de necessidade/vulnerabilidade, quando da análise da configuração de hipótese de atuação institucional: a) as **de natureza econômica**: aquelas em que prepondera o critério de situação financeira das pessoas ou grupos de pessoas que podem, concreta ou potencialmente, beneficiar-se da atuação da Instituição, sendo certo que, uma vez configurada esta espécie de necessidade, prescindese da aferição de outras vulnerabilidades, principalmente porque as dificuldades financeiras servem para exacerbar outras espécies de necessidade eventualmente existentes; e b) as **de natureza jurídico-sociais**: aqui inseridas, de modo preponderante, as dificuldades de acesso à Justiça ou ao exercício de direitos que guardem relação com a idade (crianças, adolescentes, jovens e idosos), com as questões de gênero (mulheres vítimas de violência doméstica,²⁶ pessoas que sofrem discriminação ou têm seus direitos violados em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero etc.), com o estado físico ou mental do indivíduo (pessoas portadoras de necessidades especiais,²⁷ pessoas que não têm discernimento suficiente para a prática autônoma de atos da vida civil²⁸ etc.) ou com circunstâncias

²² Em relação à idade o ordenamento jurídico brasileiro reconhece tanto em nível Constitucional quanto em nível infraconstitucional (por meio inclusive de leis específicas) a vulnerabilidade e a necessidade de especial proteção à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso (arts. 227 e 230 da CRFB/1988 e Leis nº 8.069/1990, 10.741/2003 e Lei nº 12.852/2013, respectivamente Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Estatuto do Idoso e Estatuto da Juventude).

²³ O art. 5º, inciso I, da CRFB/1988 positiva a igualdade de gênero.

²⁴ Os arts. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, § 4º, I; 201, § 1º; 203, IV e V; 208, III; 227, *caput* e § 1º, II, e § 2º; e 244, da CRFB/1988 estabelecem diversas normas protetivas às pessoas portadoras de deficiência física e psíquica, o que também foi regulamentado infraconstitucionalmente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

²⁵ LIMA, F. R. V. de. Um Novo Código de Processo Civil para Uma Nova Defensoria Pública. In: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. Fredie Didier (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 359-364.

²⁶ Art. 28 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

²⁷ Arts. 79, §§ 1º e 3º, da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e art. 3º da Lei nº 7.853/1989 (este último com redação modificada pelo art. 98 da Lei nº 13.146/2015).

²⁸ Neste particular destaca-se a função de curador especial da Defensoria Pública para o incapaz no momento da citação (art. 245, §§ 4º e 5º, do NCPC), seja no caso de incapaz (aqui também se inclui o menor de 18 anos – vulnerabilidade etária) sem representante legal ou no caso de conflito de interesses do incapaz com os de seu representante legal (art. 72, inciso I, e 671, inciso II, do NCPC), seja para a interdição do incapaz (art. 752, § 2º, do NCPC).

sociais,²⁹ étnicas³⁰ ou culturais, incluindo-se, nos termos do conceito de vulnerabilidade das 100 regras de Brasília acima citadas, a privação de liberdade.³¹

3. PRINCIPAIS NORMAS RELATIVAS À ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO NCPC

Contextualizado o tema com a análise da constitucionalização do Direito Processual, mediante a inserção no NCPC de diversas normas previstas na CRFB/1988, inclusive no que tange às normas atinentes à Defensoria Pública, bem como partindo-se da análise mais ampla dos limites de sua atuação Institucional, agora faz-se necessário analisar de forma mais específica os principais dispositivos que versam sobre as atribuições institucionais no NCPC.

3.1 Legitimidade para atuação em Ações e Incidentes com Repercussão Coletiva

Historicamente, a primeira lei federal que deu ensejo a uma interpretação no sentido da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas foi o Código de Proteção e de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/1990), especialmente por força da combinação do art. 82, inciso III, do CDC com o art. 4º, inciso XI, da LON-DP/1994,³² sem prejuízo da previsão com o art. 21 da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública - LACP).³³

Ao lado da legitimação ativa *ad causam*, sempre houve a possibilidade de representação

²⁹ Não se pode perder de vista, ainda, a vulnerabilidade jurídica dos réus revéis citados por edital ou por hora certa em relação aos quais a Defensoria Pública também exercerá a curadoria especial (art. 72, inciso II e parágrafo único, c/c arts. 253, § 4º, e 257, inciso IV, do NCPC), assim como a necessidade organizacional muito bem referida por Ada Pellegrini Grinover e que dá base para atuação da Instituição na tutela dos direitos coletivos, em gênero (GRINOVER, A. P. “Acesso à Justiça e o Código de Defesa do Consumidor”. *In: O Processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 117).

³⁰ Aqui se insere a proteção das comunidades indígena (art. 231 da CRFB/1988) e às comunidades tradicionais, tal como a quilombola (art. 216, § 5º, da CRFB/1988 e art. 68 do ADCT).

³¹ Este seria o caso da atuação na curadoria especial para o réu preso, enquanto não constitui advogado (art. 72, inciso II, 1ª Parte do NCPC), da comunicação de prisão em flagrante para o réu sem advogado constituído (art. 306, § 1º, do CPP, com a redação da Lei nº 12.403/2011) e da atuação da Defensoria como órgão de execução penal (arts. 16, 61, inciso VIII, 81-A, 81-B e 82, § 2º, da Lei nº 7.210/1984) e da Defensoria Pública da União no Sistema Penitenciário Federal (art. 5º, § 1º, da Lei nº 11.671/2008).

³² FILHO, L. P. da S. A. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81.

³³ Sobre a aplicação conjunta do CDC com a Lei de Ação Civil Pública para a aplicação geral dos dispositivos do CDC não apenas para processos relacionados à proteção do consumidor *vide* MENDES, A. G. de C. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. *In: A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007, SOUSA, J. A. G. de (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52.

de associações economicamente necessitadas em juízo (art. 5º da LACP c/c art. 82, inciso IV, do CDC).³⁴

Ressalte-se, ainda, que os constantes questionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da legitimidade especial da Defensoria Pública para tutela coletiva, tentando delimitar a sua pertinência temática às hipóteses em que os beneficiários fossem necessitados econômicos, levaram inclusive ao questionamento da constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007,³⁵ que incluiu expressamente a Defensoria Pública no rol dos legitimados³⁶ para a propositura de ação civil pública.

Na evolução legislativa sobre o tema, tanto a Emenda Constitucional nº 80/2014,³⁷ quanto a reforma da LONDP/1994, levada a efeito pela Lei Complementar nº 132/2009,³⁸ quanto os artigos 185 e 139, inciso X, do NCPC, vieram a reafirmar a vocação da Instituição para a tutela coletiva.

Como já comentado anteriormente, a adoção da interpretação mais elástica dos conceitos de hipossuficiência, necessidade e insuficiência de recursos, não os limitando a questões de ordem econômico-financeira, já que o texto constitucional não o faz expressamente, resulta numa ampla legitimação da Defensoria Pública para a tutela coletiva, embora não ilimitada, bastando, nos termos do já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tanto em controle concentrado de constitucionalidade,³⁹ quanto em julgamento realizado com repercussão geral,⁴⁰ que a tutela coletiva possa beneficiar, em tese,⁴¹ pessoas necessitadas.⁴²

³⁴ Lembre-se que acabou sendo pacificado o entendimento no sentido de que para as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais para as quais a mera afirmação estabelece presunção relativa da situação de necessidade econômica, a gratuidade de justiça e a assistência judiciária somente devem ser deferidas se houver efetiva comprovação da necessidade econômica (*vide* art. 4º da Lei nº 1.060/1950, Súmula nº 481 do STF e o atualmente disposto no art. 99, § 3º, do NCPC).

³⁵ Posicionamento que deu origem à propositura da ADI 3.943 perante o STF.

³⁶ Art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 11.448/2007.

³⁷ Art. 134 da CRFB/1988 com redação da Emenda Constitucional nº 80/2014.

³⁸ Art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com redação da Lei nº 11.448/2007; arts. 1º, 4º, incisos VII, VIII, X, XI, XXII, e 15-A, da Lei Complementar nº 80/1994 (redação da Lei Complementar nº 132/2009); e arts. 139, inciso X, e 185, caput, do NCPC.

³⁹ STF. ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015.

⁴⁰ STF. RE 733433, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-063 DIVULG 06-04-2016 PUBLIC 07-04-2016

⁴¹ Melhor especificando esta análise do benefício, em tese, Fábio Shwartz defende que a melhor exegese “é do benefício potencial aos hipossuficientes e socialmente vulneráveis” (SCHWARTZ, Fabio. O Novo CPC e os Avanços Legislativos que Contribuem na Superação de Obstáculos e na Afirmação da Vocação Institucional da Defensoria Pública para Atuação na Tutela Coletiva. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC*. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de - coord., JR. Fredie Didier - coord. geral, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 194-196).

⁴² Encontra-se, ainda, na jurisprudência, especialmente no que tange aos direitos individuais homogêneos, algumas vozes dissonantes que pretendem limitar a legitimidade da Defensoria Pública a hipóteses em que haja comprovação da situação de necessidade do grupo a ser beneficiado, citando-se, como exemplo o julgamento do REsp 1192577/RS (STJ. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 15/08/2014). No entanto, tal espécie de restrição vem sendo superada, como

Ainda no que tange à tutela coletiva por meio da atuação da Defensoria Pública, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴³ entende que a legitimação da Instituição para o ajuizamento inicial (fase coletiva) independe da natureza do interesse coletivo *lato sensu* tutelado (interesses coletivos *stricto sensu*, difusos ou individuais homogêneos, com definição legal no art. 81, parágrafo único, incisos I a III, do CDC),⁴⁴ bastando que haja benefício, em tese, de pessoas em situação de vulnerabilidade. Mas nas ações relativas à tutela de interesses individuais homogêneos, após a fase coletiva que perdura até a prolação de sentença genérica de procedência, na fase individual de liquidação e execução da condenação para cada pessoa, apesar de a sentença genérica poder ser liquidada e executada por qualquer pessoa,⁴⁵ a Instituição somente poderia assistir pessoas com comprovada insuficiência de recursos.

Além da tutela coletiva prevista no art. 185, *caput*, e no art. 139, inciso X, ambos do NCPC, que já autorizavam a Defensoria Pública a adotar as ditas atuações moleculares,⁴⁶ confirmando a vocação da Instituição para exercer suas atribuições em ações e incidentes com repercussão coletiva, o NCPC traz, ainda, de forma expressa, a atuação da Defensoria Pública como legitimada para formular, de forma autônoma (art. 977, inciso III, e 947, § 1º, do NCPC) ou assistindo determinada parte necessitada (art. 977, inciso II, e 947, § 1º, do NCPC), pedido de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, quanto de Incidente de Assunção de Competência.⁴⁷

Deve-se ressaltar, por fim, ainda, no que tange à atuação da Instituição em ações e incidentes de repercussão coletiva, a participação da Defensoria Pública em ações possessórias com polo passivo composto por grande número de pessoas, quando o litígio envolver

se pode extrair do julgamento dos Embargos de Divergência neste mesmo processo, em que, posteriormente, diante do posicionamento do STF na ADI 3.943/STF, da relevância do direito tutelado (direito à saúde de consumidores idosos) e do fato de as vulnerabilidades tuteladas pela Defensoria Pública não se restringirem à questão de cunho econômico, acabou por superar julgamento anterior do STJ e reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva de interesse caracterizado como individual homogêneo (STJ. EREsp 1192577/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015). Em doutrina, defendendo a legitimidade da Defensoria Pública para tutela coletiva independentemente da natureza do direito tutelado vide: FILHO, E. S. G. Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos. Teoria e Prática. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 100-103. PINHO, H. D. B. de. A Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de Ações Civis Públicas: Primeiras Impressões e Questões Controvertidas. In: **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007, SOUSA, J. A. G. de (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 183-187.

⁴³ STJ. REsp 1449416/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 29/03/2016.

⁴⁴ ORDACGY, A. da S. As ações Coletivas pela Defensoria Pública na novel reforma da Lei Complementar nº 80/94. In: **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem**. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. SOUSA, J. A. G. de (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 245-247.

⁴⁵ SCHWARTZ, F. O Novo CPC e os Avanços Legislativos que Contribuem na Superação de Obstáculos e na Afirmação da Vocação Institucional da Defensoria Pública para Atuação na Tutela Coletiva. In: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. Fredie Didier (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016, p. 199.

⁴⁶ SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., pp. 489-491 apud Kazuo Watanabe.

⁴⁷ JEREISSATI, R. G. do A. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência como Mecanismos de Uniformização da Jurisprudência nos Tribunais e a Participação da Defensoria Pública na Formação dos Precedentes CPC/2015. Perspectiva da Defensoria Pública, Franklyn Roger Silva (coord.). Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 518-522.

pessoas em situação de hipossuficiência econômica objetivando tutelar o direito social à moradia e à função social da propriedade⁴⁸ (art. 554, § 1º, e 565, § 2º, do NCPC)⁴⁹ e a possibilidade de a Instituição intervir como *amicus curiae* em ações ou incidentes com repercussão coletiva, podendo, nesta última hipótese, valer-se tanto da previsão genérica do art. 138 do NCPC, quanto de disposições específicas como as do IRDR (art. 983 do NCPC⁵⁰), dos precedentes (art. 927, § 2º, do NCPC), do incidente de inconstitucionalidade (art. 950, §§ 2º e 3º, do NCPC), na análise da repercussão geral (art. 1.035, § 4º, do NCPC) e no julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 1.038, inciso I, do NCPC).⁵¹

As disposições do NCPC nesse ponto, apesar de não inovarem totalmente o ordenamento jurídico em relação à atuação da Defensoria Pública em ações e incidentes metaindividuais, reforçam tal papel, na medida em que, ao trazerem novos institutos relativos ao tema, em nenhum momento (ao contrário), excluem a possibilidade de participação dos mesmos pela Instituição.

3.2 Atuação da Defensoria Pública mediante a utilização dos Métodos de Solução Consensual de Conflitos

No que tange à utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o art. 4º, inciso II, da LONDP/1994, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 132/2009, já deixava clara a prioridade a ser dada pelo Defensor Público na tentativa de solução extrajudicial dos conflitos de interesses, pela utilização da mediação, da conciliação e da arbitragem, dentre outras técnicas de composição e administração de conflitos.

Interpretando-se o dispositivo conjuntamente com o artigo 18, inciso III, da LONDP/1994, conclui-se que, antes de propor uma ação judicial, e quando possível,⁵² deve o membro da Defensoria Pública tentar resolver extrajudicialmente o litígio. Mas, mesmo quando já proposta a ação judicial, o Defensor Público, assim como os demais atores do processo (arts. 3º, § 3º, e 139, inciso V, do NCPC), devem, em havendo possibilidade, tentar obter a resolução do conflito de interesses mediante a aplicação de técnicas alternativas.

⁴⁸ FLEXA, A.; MACEDO, D.; BASTOS, F. **Novo Código de Processo Civil**. Temas Inéditos, Mudanças e Supressões. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 190.

⁴⁹ Apesar de muito se debater sobre o alcance de tais dispositivos em relação à atuação da Defensoria Pública, parte da doutrina sustenta que, por se tratar de litígio possessório que quase sempre envolve pessoas hipossuficientes, a Instituição deve atuar mesmo que todos os réus constituam advogado para representá-los (SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., p. 495-498).

⁵⁰ JEREISSATI, R. G. do A. Op. cit., pp. 522-529.

⁵¹ SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., pp. 490-491.

⁵² Deve-se atentar para o fato de que, nem sempre, dada a natureza do direito material envolvido, que pode ser indisponível ou perecível, é possível, sem causar prejuízos à parte assistida pela Defensoria Pública, efetuar qualquer tentativa prévia de resolução extrajudicial do conflito, o que deve ser sopesado pelo Defensor Público, dentro de sua independência funcional (art. 43, inciso I, da Lei Complementar nº 80/1994).

Outro dispositivo a ser destacado neste particular é o que renova a previsão do art. 4º, § 4º, da LONDP/1994, no sentido de que o instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública, nos termos do art. 784, inciso IV, do NCPC, constitui título executivo extrajudicial, embora a redação da LONDP/1994 seja mais técnica do que o NCPC no particular, mencionando que, além da transação, a conciliação e a mediação subscritas pelo Defensor Público constituirão título executivo extrajudicial, ainda que celebrada com pessoa jurídica de direito público.

Assim, dentro do espírito do NCPC de privilegiar a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, com destaque para a mediação e a conciliação, como uma tentativa de mudança da cultura adversarial de judicialização impregnada não só nas partes, mas nos próprios operadores do Direito,⁵³ a Defensoria Pública desponta como um dos principais atores dessa necessária transformação, não só participando ativamente da aplicação prática dos diversos mecanismos alternativos de solução de conflitos, mas também valendo-se da sua função institucional de difusão e conscientização da cidadania e do ordenamento jurídico (art. 4º, inciso III, da LONDP/1994).⁵⁴

3.3 A intimação nos processos em que atua a Defensoria Pública e prazo em dobro

O NCPC reafirma em seu art. 186, *caput* e § 1º, as prerrogativas de os membros da Defensoria Pública receberem intimações pessoais e terem os seus prazos contados em dobro nos processos em que a Instituição atua, as quais já contavam com positivação no art. 4º, inciso V, e no inciso I, dos arts. 44, 89 e 128, todos da LONDP/1994.

A existência da intimação pessoal e da contagem em dobro dos prazos processuais para a Defensoria Pública, enquanto prerrogativas que se prestam a servir de instrumento necessário ao desempenho das atribuições institucionais por seus membros,⁵⁵ deve-se ao grande volume de processos judiciais e extrajudiciais acompanhados por cada Defensor Público, servindo, em última análise, para, ao contrário de gerar desigualdade, garantir a possibilidade de cumprimento dos prazos processuais pelos membros da Instituição, tratando desigualmente os desiguais, de forma a atender a isonomia em seu aspecto material e não meramente formal.⁵⁶

Neste particular da intimação pessoal da Defensoria Pública e da contagem dos seus prazos em dobro, as únicas inovações normativas do NCPC foram a previsão expressa de que a intimação pessoal mediante vista dos autos da Instituição pode dar-se, além do mecanismo tradicional de carga ou remessa física, por meio eletrônico⁵⁷ (art. 186, § 1º,

⁵³ KIRCHNER, F. Op. cit., p. 206.

⁵⁴ KIRCHNER, F. Op. cit., p. 250.

⁵⁵ MORAES, G. P. de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pp. 276-277.

⁵⁶ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 627-628.

⁵⁷ ROCHA, F. B. Os Impactos do Novo CPC na Defensoria Pública: Intimação Pessoal e Prazo em Dobro. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coletiva. In: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 272-274.

do NCPC), que remete ao art. 183, § 1º, do NCPC,⁵⁸ à positivação da extensão da contagem dos prazos em dobro aos escritórios de prática jurídica de Faculdades de Direito e às entidades que prestam assistência jurídica na impossibilidade de atuação da Defensoria Pública, mediante convênio com esta Instituição (art. 186, § 3º do NCPC), além da exclusão da aplicação da contagem do prazo de forma dobrada, no caso de a lei estabelecer expressamente prazo específico para a Defensoria Pública (art. 186, § 4º, do NCPC).

Com a referida realidade do grande volume de trabalho e com a dificuldade, em razão disso, de um contato mais próximo e frequente com cada um de seus assistidos, com acerto o legislador do NCPC trouxe as previsões de intimação pessoal da parte nos arts. 186, § 2º (intimação quando o ato processual depender de providência ou informação que somente pela parte possa ser realizada ou prestada), 513, § 2º, inciso II (intimação inicial no cumprimento de sentença), 876, § 1º, inciso II, (intimação no procedimento de adjudicação de bens), todos do NCPC. Na mesma linha, o NCPC previu no art. 455, § 4º, inciso IV, que a intimação pessoal de testemunhas arroladas pela Defensoria Pública será feita judicialmente.

Destaque-se, por fim, que a previsão legal do art. 513, § 2º, inciso II, do NCPC foi responsável pela superação de entendimento anteriormente adotado pelo STJ, no sentido de que a intimação da parte para o cumprimento de sentença poderia dar-se por intermédio da Defensoria Pública, não sendo necessária a intimação pessoal da parte assistida.⁵⁹

3.4 A responsabilidade do Defensor Público

Inovou também o NCPC ao positivar expressamente dispositivos que dizem respeito à responsabilidade do Defensor Público, seja no aspecto civil, seja em relação a algumas condutas processuais.

O art. 187 do NCPC traz a previsão de que o Defensor Público pode ser regressivamente responsabilizado civilmente pelos danos que a sua atuação institucional vier a causar em caso de atuação institucional com dolo ou fraude, tal como ocorre com os Magistrados (art. 143, inciso I, do NCPC), com os Membros do Ministério Público (art. 181 do NCPC) e com os Advogados Públicos (art. 184 do NCPC).⁶⁰

Regressivamente responsável, pois, quando exerce suas atribuições Institucionais na prestação da assistência jurídica integral e gratuita age como agente público, nesta qualidade, respondendo primeiramente o Estado. Assim, caso o Estado venha a ser

⁵⁸ Embora tal conclusão já pudesse ser extraída dos arts. 2º e 5º, caput e § 6º, da Lei nº 11.419/2006.

⁵⁹ STJ. REsp 1280605/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 11/12/2012; AgRg no AREsp 36.371/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012; AgRg nos EDcl no REsp 1535200/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015.

⁶⁰ SILVA, F. R. A. A Formatação Processual da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil. *In: CPC/2015*. Perspectiva da Defensoria Pública, Franklyn Roger Silva (coord.). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 212.

condenado a reparar civilmente outrem em razão da atuação de seu agente (Defensor Público), somente terá o direito de regresso contra este no caso de atuação com dolo ou fraude, ou seja, configurando-se exceção à regra geral de que o regresso em face do agente público ocorre quando há atuação com, no mínimo, culpa (art. 37, § 6º, da CRFB e do art. 43 do Código Civil/2002).⁶¹

Mas o NCPC não se restringe a tratar da responsabilidade civil pessoal do Defensor Público de forma genérica, trazendo também disposições relativas à responsabilidade pessoal do mesmo por algumas condutas específicas de cunho processual, tal como a de arcar com as despesas processuais relativas a atos adiados ou cuja repetição for necessária, se houver dado causa ao adiamento ou à repetição (art. 93 do NCPC), bem como a de ser multado caso não restitua os autos do ato processual a ser praticado, em caso de remessa ou vista dos autos físicos (art. 234, § 4º, do NCPC).

Em relação à aplicação dos referidos dispositivos (art. 93 e 234, § 4º, do NCPC), parte da doutrina defende que eles devem ser interpretados conjuntamente com o art. 187 do NCPC, somente respondendo pessoalmente o Defensor Público, de forma regressiva, se vier a praticar o ilícito com dolo ou fraude.⁶²

É certo, outrossim, que, no caso de descumprimento dos deveres processuais previstos no art. 77 do NCPC, a responsabilidade disciplinar do Defensor Público será apurada pela Corregedoria, defendendo a doutrina que o parâmetro para a responsabilização funcional do membro da Instituição é a prática de conduta com dolo ou fraude, nos limites do art. 187 do NCPC.⁶³

Percebe-se de tais dispositivos que o Defensor Público é tratado em posição de igualdade no que tange aos demais agentes políticos que exercem funções essenciais à Justiça, o que é compatível com a importância do seu papel no sistema de justiça.

4. A DEFENSORIA COMO INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDIONAL MOLDADA PARA A SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS DO ACESSO À JUSTIÇA

Após a análise das disposições no NCPC acerca da Defensoria Pública, percebe-se o reconhecimento definitivo do seu *status* de função essencial à função jurisdicional do Estado no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o reconhecimento da atribuição institucional de atuação da Defensoria Pública em favor de grupos vulneráveis, ou seja, em uma atuação de cunho mais solidarista e menos

⁶¹ JUNIOR, N. N.; NERY, R. M. de A., Op. cit., p. 753, notas n. 2-3. SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. cit., pp. 212-213.

⁶² REIS, G. A. S. dos. O Novo Código de Processo Civil e a Defensoria Pública do Século XXI: O Regime Jurídico de um Novo Ator Processual. In: **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016, p. 419.

⁶³ SILVA, F. R. A. Op. cit., p. 212.

individualista,⁶⁴ a Instituição acaba por abarcar as 3 (três) ondas renovatórias⁶⁵ de acesso à Justiça delineadas no importante trabalho realizado no “Projeto de Florença”, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.⁶⁶

A primeira onda renovatória abrange a assistência judiciária para os pobres, a qual é garantida por meio da Defensoria Pública na prestação da assistência jurídica em prol dos economicamente vulneráveis (atribuição mais tradicional da Instituição em casos de hipossuficiência financeira da parte).

A segunda onda renovatória diz respeito à representação dos interesses coletivos, a qual, como já referido acima, foi assegurada à Defensoria Pública por meio tanto da previsão constitucional, quanto da legislação infraconstitucional, sendo importante destacar as importantes decisões do STF e STJ sobre o tema colacionadas acima, reconhecendo a compatibilidade desta atribuição com o texto constitucional, caso a tutela de interesses coletivos, em gênero, possa beneficiar, em tese, pessoas necessitadas.

Não se pode deixar de destacar também a existência de um desdobramento da segunda onda de acesso à Justiça concernente aos procedimentos piloto e à uniformização da jurisprudência,⁶⁷ em relação ao qual se insere a recente atribuição conferida à Defensoria Pública para deflagração de “processos-piloto”, que se prestam a assegurar a construção de precedentes que serão vantajosos no julgamento de casos individuais, tais como o IRDR e a assunção de competência (art. 977, inciso III, e 947, § 1º, do NCPC).

A terceira onda renovatória, denominada de “o enfoque do acesso à Justiça”, traz uma concepção mais ampla, para além da garantia da representação de advogado e da tutela de interesses coletivos, preocupando-se com o aprimoramento do acesso à Justiça com a superação de problemas relativos aos procedimentos judiciais, aos custos e ao tempo de duração do processo.

No sistema brasileiro, a terceira onda abrangeria a ênfase crescente na resolução alternativa de conflitos (juízo arbitral, conciliação, mediação etc.), contexto em que a Defensoria Pública atua na prevenção de conflitos com a utilização prioritária de métodos alternativos de solução de litígios (art. 3º, § 3º, do NCPC c/c art. 4º, inciso II, da LONDP/1994), além de abranger a atuação perante os Juizados Especiais (art. 4º, inciso XIX, da LONDP/1994), que constituem órgãos jurisdicionais criados para um procedimento mais célere, simplificado e informal com o objetivo de superar entraves ao acesso à Justiça.

Mesmo para aqueles que defendem a existência de ao menos mais uma onda renovatória de acesso à Justiça, a qual estaria relacionada à internacionalização da proteção dos Di-

⁶⁴ SOUSA, J. A. G. de. Op. cit., pp. 483-485.

⁶⁵ JÚNIOR, A. B. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública da União**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, pp. 61-65.

⁶⁶ CAPPELLETTI, M.; BRAYNT, G. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp. 31-73.

⁶⁷ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. Op. cit., pp. 33-35.

reitos Humanos,⁶⁸ aqui também a Defensoria Pública está inserida como mecanismo de superação de dificuldades, em razão tanto do disposto no art. 185 do NCPC (o qual reproduz disposições da CRFB e da LONDP/1994 no sentido da legitimação da Instituição para a defesa dos Direitos Humanos, de pessoas em situação de vulnerabilidade), quanto da possibilidade de formulação de representações aos sistemas internacionais de proteção de Direitos Humanos com postulação perante seus órgãos, conforme previsão expressa do art. 4º, inciso VI, da LONDP/1994.

Conclui-se, pois, que a Defensoria Pública constitui atualmente mecanismo ainda mais eficiente de acesso à Justiça, na medida em que o NCPC reforça a Instituição com normatização suficiente para superar os obstáculos que podem impedir ou dificultar o exercício da garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Impõe-se, agora, que se proceda a uma síntese das principais ideias expostas no presente trabalho, da forma que segue abaixo:

1. As normas fundamentais do processo civil, tratadas nos arts. 1º a 12 do NCPC e outras espalhadas pela nova codificação, positivaram uma visão de Direito Processual Constitucional, isto é, a noção de que o sistema processual somente pode ser entendido a partir dos valores contidos na CRFB.
2. Nessa esteira, a Defensoria Pública foi contemplada com regulamentação específica de sua atuação em título próprio e com outros dispositivos espalhados pela Lei nº 13.105/2015 (cerca de 60).
3. A previsão do art. 185 do NCPC, apesar de trazer um conceito mais enxuto da atuação da Defensoria Pública, destaca os seus pontos principais, quais sejam, de promoção não só de assistência judicial individual, mas de orientação jurídica e de exercício de papel fundamental na promoção de direitos humanos e na legitimação para a tutela coletiva em prol de pessoas sujeitas à situação de vulnerabilidade (não apenas em prol de pessoas ou grupos economicamente necessitados).
4. Dentro dessa visão mais ampla das atribuições da Defensoria Pública, desvinculando-a da premissa de que atuação estaria autorizada exclusivamente em hipótese de pessoa com insuficiência de recursos financeiros, a doutrina inclina-se pela superação da classificação das funções institucionais em típicas e atípicas. Destacou-se, neste ponto, a sugestão doutrinária de classificação de atribuições em tradicionais (tendencialmente individualista) e não tradicionais (tendencialmente solidarista, sendo estas últimas, ao contrário das primeiras, não vinculadas estritamente a questões econômicas).

⁶⁸ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. Op. cit., pp. 40-45.

5. As denominadas “100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade” melhor delimitaram, de forma mais consentânea com o ordenamento jurídico atual, o conceito de vulnerabilidade/necessidade (objeto de atuação da Defensoria Pública).

6. Diante desse quadro mais técnico-sistemático de análise do conteúdo das funções institucionais, este autor sugeriu uma nova classificação, a qual visa a facilitar a análise da presença ou não de atribuição da Defensoria Pública, ou seja, se há ou não hipótese de necessidade/vulnerabilidade. Assim, distinguiu as necessidades/vulnerabilidades de natureza **econômica**, cujo critério preponderante é o de análise da situação financeira dos destinatários do serviço de assistência jurídica integral e gratuita, das de natureza **jurídico-social**, em relação às quais predomina a verificação das dificuldades de acesso à Justiça com base em situações diversas da financeira, destacando-se situações em que o próprio ordenamento jurídico confere especial proteção com a finalidade de propiciar verdadeira isonomia material.

7. Dentro das principais normas objeto de análise relativas à atuação da Defensoria Pública existentes no NCPC, destacaram-se: a) as que tratam da legitimidade da Instituição para atuação em ações e incidentes com repercussão coletiva; b) as que versam sobre a atuação da Defensoria Pública por meio da utilização de métodos de solução consensual de conflitos; c) as que regulamentam a forma como se efetivam as intimações nos processos em que a Defensoria Pública atua e a contagem em dobro dos prazos processuais; e d) aquelas que tratam da responsabilidade dos Defensores Públicos.

8. A análise das principais disposições relativas à atuação da Defensoria Pública existentes no NCPC, conjugada com o estudo das denominadas ondas renovatórias, levou à conclusão de que a Instituição atualmente constitui mecanismo ainda mais eficiente de acesso à Justiça, na medida em que o instrumental normativo existente é capaz de afastar os diversos obstáculos tendentes a impedir ou dificultar este acesso.

Atingiu-se, pois, o objetivo inicial da pesquisa de sistematização e análise das normas existentes no NCPC acerca da Defensoria Pública, especialmente se já havia alguma previsão semelhante em normas anteriores, analisando-se as atribuições institucionais e o seu alcance, de forma a permitir a correta compreensão dos instrumentos e funções desempenhadas pela Instituição na administração da Justiça.

Em conclusão, pode-se afirmar pelo estudo realizado que, apesar de algumas normas existentes sobre a atuação da Defensoria Pública no NCPC não serem inéditas, é inegável o avanço havido sobre a regulamentação da atuação institucional, destacando-se o efeito da nova codificação processual civil, no mínimo, ratificador do papel de Instituição vocacionada a permitir o efetivo acesso à Justiça das pessoas em situação de vulnerabilidade, seja ela de qualquer ordem (econômica, social, jurídica, organizacional, etc.).

REFERÊNCIAS

ALVES, C. F. **Justiça para todos!** Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVES, C. F.; PIMENTA, M. G. **Acesso à Justiça em Preto e Branco:** Retratos Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAÚJO, J. A. O Litígio Coletivo da Posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria Pública. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC.* Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

BUENO, C. S. (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil** – Volume 1. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

CAMBI, E.; OLIVEIRA, P. S. de. Autonomia e Independência Funcional da Defensoria Pública. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC.* Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

CANTOARIO, D. M. F. Observações sobre a legitimidade da Defensoria Pública no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC.* Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

CAPPELLETTI, M.; BRAYNT, G. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FILHO, E. S. G. **Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos.** Teoria e Prática. Salvador: JusPodivm, 2016.

FLEXA, A.; MACEDO, D.; BASTOS, F. **Novo Código de Processo Civil.** Temas Inéditos, Mudanças e Supressões. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, A. P. Acesso à Justiça e o Código de Defesa do Consumido. *In: O Processo em evolução,* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

JÚNIOR, A. B. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública da União.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

JUNIOR, N. N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil Comentado.** 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KIRCHNER, F. Os métodos Autocompositivos na Nova Sistematização Processual Civil e o Papel da Defensoria Pública. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC*. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, F. R. V. de. Um Novo Código de Processo Civil para Uma Nova Defensoria Pública. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC*. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

MAGNO, P. Defensoria Pública e Assistência Jurídica Internacional: Uma Leitura do Novo Código de Processo Civil à Luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC*. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, A. G. de C. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. *In: A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007, SOUSA, J. A. G. de (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAES, G. P. de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

ORDACGY, A. da S. As ações Coletivas pela Defensoria Pública na novel reforma da Lei Complementar nº 80/94. *In: Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem*. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. SOUSA, J. A. G. de (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINHO, H. D. B. de. A Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de Ações Civis Públicas: Primeiras Impressões e Questões Controvertidas. *In: A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007, SOUSA, J. A. G. de (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

RÉ, A. I. Mo. R. O Processo Civil em Xequê: Os Desafios e As Perspectivas de Um Novo Diploma. A Defensoria Pública e seu Papel. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC*. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR., F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

REIS, G. A. S. dos. O Novo Código de Processo Civil e a Defensoria Pública do Século XXI: O Regime Jurídico de um Novo Ator Processual. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC*. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

ROCHA, F. B. Os Impactos do Novo CPC na Defensoria Pública: Intimação Pessoal e Prazo em Dobro Coleção Repercussões do Novo CPC. Coletiva. *In: Coleção Repercus-*

sões do Novo CPC. Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHWARTZ, F. O Novo CPC e os Avanços Legislativos que Contribuem na Superação de Obstáculos e na Afirmação da Vocação Institucional da Defensoria Pública para Atuação na Tutela Coletiva. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC.* Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, F. R. A. A Formatação Processual da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil. *In: CPC/2015.* Perspectiva da Defensoria Pública, Franklyn Roger Silva (coord.). Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, H. M. da. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** Brasília: Fortium, 2007.

SOUSA, J. A. G. de. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos – e Responsabilidades – para uma Instituição enfim essencial. *In: Coleção Repercussões do Novo CPC.* Defensoria Pública, Volume 5, SOUSA, J. A. G. de (coord.), JR. F. D. (coord. geral), Salvador: JusPodivm, 2016.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: APLICAÇÃO PRÁTICA NA JUSTIÇA FEDERAL E PERSPECTIVAS FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS

MEDIATION AND CONCILIATION: PRACTICAL APPLICATION IN FEDERAL JUSTICE AND PERSPECTIVES IN VIEW OF NEW TECHNOLOGIES

Tatiana Boghourian

*Mestranda na Faculdade Alfa-Fadisp.
Servidora Pública Federal*

tboghour@hotmail.com

Jânio Urbano Marinho Júnior

*Mestre pela Faculdade Alfa-Fadisp.
Defensor Público Federal em São Paulo.
Vice-Diretor Geral da Escola Nacional
da Defensoria Pública da União*

janiomarinho@hotmail.com

RESUMO

O objetivo deste artigo é convidar o leitor a uma reflexão sobre a utilização da conciliação e mediação como instrumentos de gerenciamento dos processos e sua efetividade no desiderato de trazer uma solução mais adequada e justa aos casos em litígio. Foram apresentados dados estatísticos colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça revelando em números os efetivos resultados. Ademais, pretende-se mostrar que na atualidade a utilização da mediação e conciliação não se limita às demandas envolvendo particulares, sendo uma realidade positivada no ordenamento jurídico a qual incluiu a Administração Pública no dever de buscar a solução consensual das demandas. Dá-se um enfoque, por fim, à utilização perante à Justiça Federal e ao reflexo desses mecanismos nos processos de competência federal, o que acaba por abranger grandes litigantes e demandas de massa, tornando-se, dessa forma, uma realidade nos dias atuais. É com esse olhar que adentramos no estudo da conciliação e mediação.

Palavras-chave: Direito. Conciliação. Mediação.

ABSTRACT

The purpose of this article is to invite the reader to reflect on the use of conciliation and mediation as tools for managing the processes and their effectiveness in the desire to bring a more adequate and fair solution to the cases in dispute. Statistical data were collected by the National Council of Justice, revealing in figures the actual results. In addition, it is intended to show that at present the use of mediation and conciliation is not limited to the demands involving individuals, being a positive reality in the legal system which included the Public Administration in the duty to seek the consensual solution of the demands. Finally, there is a focus on the use before the Federal Court and the reflection of these mechanisms in the federal jurisdiction proceedings, which ends up covering large litigators and mass demands, becoming, in this way, a reality in the present day. It is with this look that we enter into the study of conciliation and mediation.

Keywords: Law. Conciliation. Mediation.

Data de submissão: 28/02/2020

Data de aceitação: 26/04/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO 2. ASPECTOS ATUAIS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AS NOVAS TECNOLOGIAS E AS RESOLUÇÕES ON-LINE DE DISPUTAS 3. PRINCIPAIS ASPECTOS DA CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

No Mito de Sísifo, o personagem em questão foi capturado pelos Deuses do Olimpo por desafiar-los e a ele foi imposta uma punição. Ele teria: para toda a eternidade, de empurrar uma pedra em uma montanha até seu topo; a pedra então rolaria para baixo e ele novamente teria que começar tudo de novo. Como Sísifo, muitos veem o Judiciário como uma atividade executada arduamente e infundável.

De fato, os homens, desde o estado de natureza referido por Hobbes, até os dias atuais, convivem com conflitos de interesses. Historicamente, a humanidade passou por vários estágios em termos de solução para tais conflitos. A lei do mais forte hoje cede espaço para

a solução judiciária. Nessa toada, o Judiciário desempenha o importante papel da tentativa da pacificação social. Como no mito de Sísifo, essa atividade se mostra inesgotável.

No cenário atual, voltamos nossos olhares para o papel do Judiciário. Será que podemos dizer que a pacificação social pode ser resumida ao papel tradicionalmente conferido ao juiz, de proferir sentenças para a solução das demandas? Evidentemente que não. Vivemos tempos em que saltam aos olhos o desequilíbrio entre a procura por decisões judiciárias e a capacidade de proferi-las. Diante disso, a chamada “cultura da sentença”, que tem como consequência significativo número de processos e de recursos, hoje cede espaço para meios alternativos de solução do conflito, ou, como alguns preferem, meios adequados de solução do conflito.

Inegavelmente a maior celeridade é um dos pontos importantes desses mecanismos, contudo, o objetivo principal, sem dúvida, é dar às partes uma solução mais adequada e justa como forma de efetivo acesso à justiça. É, assim, um dos instrumentos do desiderato da pacificação social, não sendo, contudo, um fim em si mesmo. A solução do litígio de forma mais justa nem sempre será albergada pela mediação e a conciliação, por vezes, a sentença, produção de provas, instrução, atendem melhor as peculiaridades do caso concreto, solução que somente poderá ser compreendida pelas lentes do órgão julgador.

A evolução do contexto normativo perpassa de uma faculdade do magistrado à previsão de utilização obrigatória. Os entes envolvidos também se ampliam, contando atualmente com a possibilidade expressa de conciliação envolvendo a Administração Pública.

Com isso, os órgãos jurisdicionais estaduais e federais de vários níveis vêm inserindo a solução consensual dos conflitos o que acaba por abranger grandes litigantes e demandas de massa, tornando-se mais abrangentes os resultados.

Não se pode perder de vista, por fim, que todas essas questões ganham um novo colorido, novas potencialidades, diante do avanço tecnológico da nossa atual sociedade, que se encontra no limiar de uma **Quarta Revolução Industrial**,¹ de maneira que certamente essas novas tecnologias podem contribuir para o desenvolvimento desses meios adequados de resolução de conflitos, inclusive perante a Justiça Federal.

1. DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO

Nos últimos anos houve uma ampla reforma do Poder Judiciário buscando soluções alternativas de conflito como a mediação e a conciliação, incorporadas ao ordenamento jurídico. Aqui, apenas um esclarecimento: meios alternativos de solução do conflito vão muito além da mediação e conciliação. Poderiam ser citadas inúmeras outras técnicas, mas, considerando que a mediação e a conciliação se mostram mais presentes no dia a dia do judiciário, acabam tendo um destaque maior.

1 Conforme ensina SCHWAB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

A discussão a respeito desses meios alternativos (adequados) de solução de conflitos nos remete, inquestionavelmente, ao tema do acesso à justiça, que é referência ao trabalho desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth,² os quais ensinam que o acesso efetivo à justiça vem sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades. A partir de amplo estudo sobre a questão, esses autores observaram que existem obstáculos comumente encontrados na efetivação do acesso à justiça, propondo assim soluções aptas a superá-los. Com efeito, afirmaram que:

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.³

A partir daí, surgia a ideia das ondas de acesso à justiça. Como primeira onda desse movimento de acesso à justiça, constataram obstáculos de natureza econômica e que deveriam ser superados por meio da criação e desenvolvimento de mecanismos de assistência jurídica para os pobres. A necessidade de contratação de advogado, por exemplo, constituía efetivamente uma barreira ao ingresso nos Tribunais. Nessa perspectiva, ganha relevo o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, previsto no artigo 5^a, LXXIV, da Constituição da República. Merece destaque também a constitucionalização da Defensoria Pública (artigo 134 da Constituição da República).

Depois, na segunda onda, verificaram-se obstáculos de natureza organizacional, porque, ao lado dos direitos individuais, existiam também direitos/interesses de natureza coletiva ou difusa, os quais não eram albergados pela solução tradicional. Tais obstáculos deveriam ser ultrapassados por intermédio da tutela coletiva dos direitos.

Na terceira onda renovatória, inserem-se justamente os mecanismos de solução alternativa de solução de litígios, na busca de solucionar problemas de natureza processual, pois estava em jogo a questão da efetividade, que muitas vezes não era alcançada pelo processo contencioso judicial.

Interessante notar que, no Brasil, essas ondas não ocorreram em uma sequência cronológica, mas emergiram praticamente juntas, na década de 1980, por uma conjunção de fatores de cunho político, econômico, social, jurídico e cultural, como bem pontuado por Leslie Shérída Ferraz.⁴ Nesse mesmo contexto, objetivou-se transpor de uma vez todos os obstáculos do acesso à justiça.

² CAPPETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

³ CAPPETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 28.

⁴ FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à Justiça**. Uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 78.

Como lembram Cintra, Grinover e Dinamarco, “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”.⁵

Especialmente, sobre o papel dos meios alternativos de resolução de conflitos, Watanabe⁶ leciona que:

A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas.

Ainda, segundo o mesmo autor⁷:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa.

Sem a inclusão dos chamados meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, não teremos um verdadeiro acesso à justiça. Certo é que, em algumas espécies de controvérsia, como já ficou mencionado, faltaria o requisito de adequação à solução dada pelo critério da adjudicação.

Pode-se afirmar, assim, sem exagero, que os meios consensuais de solução de conflito fazem parte do amplo e substancial conceito de acesso a justiça, como critérios mais apropriados do que a sentença, em certas situações, pela possibilidade de adequação da solução à peculiaridades do conflito, à sua natureza diferenciada, às condições e necessidades especiais das partes envolvidas. Trata-se, enfim, de um modo de se alcançar a justiça com maior equanimidade e aderência ao caso concreto.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31/32.

⁶ WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: RICHA M. A.; PELUSO A. C. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 02/03.

⁷ WATANABE, KAZUO. **Acesso à Ordem Jurídica Justa**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey LTDA, 2019, p. 82.

Com a evolução do contexto normativo, tais institutos passam a ter maior destaque na produção legislativa. Exemplo disso é que tais institutos foram previstos no Código de Processo Civil (CPC) de 2015 (Lei 13.105/15), na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), na Resolução CNJ n. 125/2010 (a qual instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento aos Conflitos de Interesses e determinou a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos) e na Resolução do Conselho da Justiça Federal (CNJ) n. 398/2016.

Especificamente no que tange ao Código de Processo Civil, o artigo 334,⁸ *caput*, previu como etapa necessária a prévia realização da audiência de conciliação e mediação, sendo descabida, apenas se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, ou quando não se admitir a autocomposição. Tãmanha a importância que foi dada a tal etapa que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação será considerado ato atentatório à dignidade da justiça e sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

O esforço de disseminar a solução consensual dos conflitos vem estampado no próprio corpo do texto normativo ao prever que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (§2º do art. 3º).⁹ Traz ainda como poder dever do juiz

⁸ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

⁹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

promover a qualquer tempo a autocomposição.¹⁰ Dedicar um capítulo inteiro sobre mediadores e conciliadores judiciais.¹¹

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos

¹⁰ DOS PODERES, DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO JUIZ

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

¹¹ Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos

de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º ;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Com efeito, mesmo antes desses marcos legais, tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal, já havia práticas de conciliação organizada. No Brasil, foi na década de 1980 que, devido à influência do movimento mundial de acesso à justiça, a reforma da legislação brasileira permitiu novidades, tais como a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Leslie Shériida Ferraz destaca que a busca pela conciliação para solucionar os conflitos levados aos Juizados é a opção mais adequada, quando se levam em conta as próprias finalidades pelas quais essas Cortes foram criadas, no bojo de uma Justiça mais simples, rápida e informal¹².

Na esfera Federal, a adoção dessas práticas se deu a partir de 2002, em processos do Sistema Financeiro de Habitação vinculados a Subseção de Maringá¹³ e, posteriormente, com a criação dos Juizados Especiais Federais previstos na Lei 10.259/2001, cujas demandas, em sua maioria, envolvem questões previdenciárias.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça¹⁴ os números de conciliação vêm crescendo ao longo dos anos:

A conciliação é uma política adotada pelo CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação em agosto daquele ano. Anualmente, o Conselho promove as Semanas Nacionais pela Conciliação, quando os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos nas fases pré-processual e processual. Por intermédio da Resolução CNJ 125/2010, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), que visam fortalecer e estruturar unidades destinadas ao atendimento dos casos de conciliação.

Na Justiça Estadual, havia, ao final do ano de 2017, 982 CEJUSCs instalados. A Figura 114 indica o número de CEJUSCs em cada Tribunal de Justiça. Esse número tem crescido ano após ano. Em 2014 eram 362 CEJUSCs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016 o número de unidades aumentou para 808 e em 2017 chegou a 982.

A Figura 115 traz o percentual de sentenças homologatórias de acordo proferidas, comparativamente ao total de sentenças e decisões terminativas. Em 2017 foram 12,1% sentenças homologatórias de acordo, valor que vem crescendo nos dois últimos anos - em 2015 era de 11,1% e em 2016, 11,9%. Na fase de execução as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2017, a 6,0%, e na fase de conhecimento, a 17,0%.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

¹² FERRAZ, Leslie Shériida. **Acesso à Justiça**. Uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 98/99.

¹³ CALMON, 2011, p. 107-114.

¹⁴ CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, p. 137. Acesso em: 12 julho 2019

Outra pesquisa interessante, publicada pelo CNJ,¹⁵ intitulada de “Mediação e conciliação avaliadas empiricamente”, concebida pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ), traz como um dos grandes benefícios da solução consensual a redução do tempo de duração dos processos, representando, em média, uma tramitação em metade do tempo se comparado àqueles feitos em que não houve conciliação, destacamos:

A duração média observada no conjunto de todos os processos foi igual a 1.019,5 dias, o que corresponde a 2,8 anos aproximadamente. Considerando a análise por tipo de processo, observa-se que a duração média de processos homologados é 585 dias (aproximadamente 1 ano e meio) enquanto que para processos não homologados a duração média é 1.061 dias (aproximadamente 3 anos). Como resultado, em média, o tempo de duração de processos homologados é aproximadamente a metade do tempo de duração de processos não homologados.

No que se refere à Justiça Federal, temos a Administração Pública como litigante, com demandas envolvendo, dentre outros, o INSS, a Caixa Econômica Federal e Conselhos de classe. Nesse ponto, a lei da mediação (art. 32) e o CPC (art. 174) estabelecem que a União, os Estados, o DF e os Municípios criariam câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, para dirimir contendas envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública e avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da própria administração.

A indisponibilidade do interesse público não impede o uso da conciliação na esfera federal. Destaca-se que nas Centrais de Conciliação da Justiça Federal (CECON) há diariamente audiências conciliatórias envolvendo Sistema Financeiro de Habitação, contratos bancários, ações previdenciárias, execução fiscal, danos morais e materiais, saúde, improbidade administrativa, conselhos profissionais, dentre outros.

Apesar de todas essas inquestionáveis vantagens, não se pode perder de vista também que a conciliação/mediação não constitui uma panaceia para solucionar todos os problemas do Poder Judiciário. Existem, de fato, limites a esses meios alternativos de solução de conflitos.

A conciliação e a mediação devem ser consideradas ao lado de outras formas de solução de conflitos, constituindo uma das portas possíveis para se resolver o litígio das partes, porque – sob um olhar interno – existem situações concretas que não devem ser levadas a esses mecanismos alternativos, quer pela complexidade, quer pelas posições das próprias partes, sendo melhores resolvidas pela decisão de mérito no âmbito do Poder Judiciário. Sob um olhar externo, há quem sustente que a função do Judiciário não seria solucionar controvérsias, mas dar um significado adequado aos valores públicos e reorganizar instituições a partir do desempenho desta função¹⁶.

¹⁵ CNJ, 2019, p. 96-97. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/05/e1d2138e482686bc5b66d18f0b0f4b16.pdf> Acesso em: 15 outubro 2019.

¹⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**. Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 270/271.

Apontam-se ainda outros limites à adoção desses meios alternativos de solução de conflitos, como o desequilíbrio de poder e a disparidade de recursos entre as partes, podendo influenciar o acordo de muitas maneiras. A parte mais pobre acaba tendo uma dificuldade maior de fazer uma análise prospectiva do litígio. A falta de recursos pode influenciar na própria qualidade de sua pretensão apresentada em Juízo. Ou mesmo o risco mais óbvio da necessidade do recebimento imediato da indenização por meio do acordo, aquém do desejado e razoável¹⁷.

Nesse sentido é que se deve cuidar para que a adoção de programas de meios alternativos de resolução de conflitos não implique uma justiça de segunda classe, com a exclusão de uma parcela dos cidadãos, frustração do jurisdicionado e enfraquecimento do próprio Estado de Direito¹⁸.

No âmbito da Justiça Federal, a especificidade é que, em um dos polos da conciliação/ mediação, há uma instituição pública de âmbito federal, o que exige um esforço muito maior para a implementação de uma verdadeira política pública de busca de solução alternativa dos conflitos. É necessário que haja, verdadeiramente, uma tomada de decisão política por parte dos seus dirigentes para que, a partir daí, a mediação e/ou a conciliação tornem-se mecanismos viáveis.

Enfim, a adoção da conciliação/mediação pode trazer grandes vantagens na busca de uma solução adequada dos conflitos e que pode efetivamente contribuir para um efetivo acesso à justiça, desde que o método seja escolhido com razoabilidade, com parcimônia, sempre observando seus limites e atentando-se para os filtros de escolhas desses conflitos a serem submetidos à conciliação/mediação.

2 ASPECTOS ATUAIS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AS NOVAS TECNOLOGIAS E AS RESOLUÇÃO ON-LINE DE DISPUTAS

Klaus Schwab¹⁹ nos lembra que “estamos no início de uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”, que chamou de **Quarta Revolução Industrial**, caracterizada por uma profunda revolução tecnológica em diversas áreas, como a inteligência artificial, robótica, internet das coisas, nanotecnologia, armazenamento de energia, computação quântica, dentre outras. Elencou três características dessa nova revolução:

- Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta

¹⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**. Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 272.

¹⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 203/206.

¹⁹ SCHWAB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 12.

evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.

- Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.

- Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda a sociedade²⁰.

Se, de um lado, podemos vislumbrar que esse avanço exponencial, aliado à questão da interconectividade das relações, traz um potencial gerador de conflitos; de outro lado, não se pode perder de vista que o uso dessas mesmas tecnologias pode contribuir para garantir que o acesso à justiça seja alcançado de forma mais eficiente, com a implantação de meios alternativos de resolução de conflitos, mais céleres, baratos e efetivos.

Assim, para além das três ondas do acesso à justiça, antevistas por Brian Garth e Mauro Cappelletti, atualmente, existem vozes que mencionam uma “quarta onda de acesso à Justiça” e que estaria “consubstanciada no uso de tecnologia para moldar o novo cenário de resolução de disputas criado pelo advento da internet. Dado o estado atual da tecnologia e suas exponenciais possibilidades, calha perguntar quais seus impactos, atuais e futuros, para o sistema de Justiça como um todo”²¹.

É bem verdade que Kim Economides, participante originário do Projeto de Florença, já fazia menção a uma quarta onda de acesso à justiça, mas sem relacioná-la especificamente ao atual avanço tecnológico. Para esse autor, trata-se da “onda dos operadores do direito (inclusive dos que trabalham no sistema judicial) à justiça”, significando que não se pode desprezar a formação e a atuação adequadas desses operadores do direito para que os cidadãos efetivamente tenham acesso à justiça. Nas suas palavras:

Em vez de nos concentrarmos no lado da demanda, devemos considerar mais cuidadosamente o acesso dos cidadãos à justiça do lado da oferta, analisando dois níveis distintos: primeiro, o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; segundo, uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito à justiça. Tendo vencido as barreiras para admissão aos tribunais e às carreiras jurídicas, como o cidadão pode se assegurar de que tanto juízes quanto advogados estejam equiparados para fazer “justiça”?²²

²⁰ SCHWAB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 13.

²¹ WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Da Discórdia analógica para a Concórdia digital. *In: O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind*. Coordenado por Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovani Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 116/117.

²² ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimentos de Acesso à Justiça”: epistemologia versus

De todo modo, parece-nos que essa característica da utilização da tecnologia acaba por complementar a visão de Kim Economides, uma vez que exigirá do operador do direito, sem dúvida, uma nova postura e mesmo uma ressignificação de sua atuação profissional.

A respeito dos impactos do efetivo uso da tecnologia na prevenção e resolução de disputas, Erik Navarro Wolkart e Daniel Becker²³ apontam alguns motores desta tendência, a saber: (i) a “virtualização dos órgãos jurisdicionais”, que não se resume à digitalização do processo físico, mas abrange a utilização de todo um “aparato de computação cognitiva e automação de documentos para facilitar o processamento e julgamento de demandas”. Nesse sentido, vale mencionar o Enunciado 25 da Jornada de Processo Civil do CJF: “As audiências de conciliação ou mediação, inclusive dos juizados especiais, poderão ser realizadas por videoconferência, áudio, sistemas de troca de mensagens, conversa online, conversa escrita, eletrônica, telefônica e telemática ou outros mecanismos que estejam à disposição dos profissionais da autocomposição para estabelecer a comunicação entre as partes”; (ii) “algoritmos e decisões”, destacando que há hoje “algumas interessantes iniciativas de usos de softwares para a promoção do acesso à justiça”, a exemplo da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, que utiliza inteligência artificial para automatizar a classificação de processos²⁴; (iii) “Big data e resolução de disputas”: para esses autores, há uma quantidade massiva de dados, que devem ser usados para se buscar efetividades na resolução de disputas; por fim, (iv) “Democratização do acesso à informação jurídica”, que sem dúvida constitui um dos pilares do acesso à justiça e que poderá ficar muito mais acessível com o uso da tecnologia, evitando um dos grandes obstáculos à realização do acordo, que é a assimetria de informação.

Sobre esse ponto, Erik Navarro Wolkart ressalta que a assimetria da informação é considerada, em geral, como a principal causa de insucesso na tentativa de realização dos acordos, destacando que:

Antes de o processo iniciar-se, e mesmo durante sua tramitação, é muito provável que as múltiplas facetas da realidade tenham sido captadas pelas partes de modo diferente (incerteza interpretativa). Mais do que isso, é possível que algumas dessas lâminas da realidade

metodologia?. **Cidadania, Justiça e Violência**. Organizadores Dulce Pandolfi [et al]. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

²³ WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Da Discórdia analógica para a Concórdia digital. In: **O Advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. Coordenado por Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovanni Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 117/123.

²⁴ “Batizado de VICTOR, a ferramenta de inteligência artificial é resultado da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, sob a gestão da Ministra Cármen Lúcia, em conhecer e aprofundar a discussão sobre as aplicações de IA no Judiciário. Cuida-se do maior e mais complexo Projeto de IA do Poder Judiciário e, talvez, de toda a Administração Pública Brasileira.

Na fase inicial do projeto, VICTOR irá ler todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral. Essa ação representa apenas uma parte (pequena, mas importante) da fase inicial do processamento dos recursos no Tribunal, mas envolve um alto nível de complexidade em aprendizado de máquina.”

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 5 out. 2019.

tenham apresentando-se para apenas uma das partes, configurando-se como informação privativa, totalmente desconhecida da outra parte (assimetria de informação propriamente dita)²⁵.

Nessa perspectiva, é que se pode falar em um novo modelo de resolução alternativa: a “resolução *on-line* de disputas”, a partir da incorporação de tecnologias de informação e comunicação às diferentes formas de resolução de conflitos, cujo potencial de efetivo acesso à justiça é inquestionável²⁶. Também conhecida como *Online Dispute Resolution* (ODR).

Há, no entanto, diversos modelos que podem ser adotados, levando-se em conta evidentemente as tecnologias utilizadas. Desde a transposição para a internet ou telefonia móvel daqueles formatos de resolução alternativas de conflitos que antes dependiam de encontros presenciais, até mesmo a utilização de tecnologias de informação e comunicação para criar novas formas de resolução de conflitos, verdadeiramente. Nessas opções mais avançadas, utiliza-se da grande quantidade de dados disponíveis para realizar cálculos complexos, listar opções para as partes e mesmo modular a linguagem utilizada em suas comunicações²⁷.

Daniel Arbix e Andrea Maia destacam ainda que, para o sucesso desses novos modelos, é fundamental que o profissional tenha conhecimento de como “desenhar sistemas de resolução de disputas”, identificando padrões dos conflitos em jogo, objetivos a serem alcançados, métodos adotados, dentre outros elementos importantes²⁸.

Essa resolução *on-line* de disputas, na verdade, encontra terreno fértil no âmbito privado, como é o caso do e-Bay, para ficar em um dos cases mais emblemáticos²⁹. Atualmente, há no Brasil uma proliferação de *startups* que se dedicam ao tema³⁰. No entanto, observam-se

²⁵ WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**. Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a Tragédia da Justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 354.

²⁶ ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Resolução *on-line* de disputas. In: **O Advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. Coordenado por Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovanni Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 96/99.

²⁷ ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Resolução *on-line* de disputas. In: **O Advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. Coordenado por Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovanni Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 96/99.

²⁸ ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Resolução *on-line* de disputas. In: **O Advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. Coordenado por Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovanni Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 104/106.

²⁹ “Diante do aumento significativo das disputas providas do *e-commerce*, a loja virtual de compras e vendas, e-Bay, criada em 1995, é considerada a pioneira nas tratativas de resoluções *on-line* de conflitos (independente de qual seja o problema, sobre pagamento, condições, entrega do objeto, entre outros), uma vez que criou uma plataforma digital para que os consumidores e vendedores pudessem resolver seus litígios amigavelmente e de forma *on-line*, sem necessidade de ingressar com uma ação judicial. (...)”

Por meio da plataforma de resolução de conflitos desenvolvida pelo e-Bay, a impressionante marca de mais de 60 milhões de disputas foi resolvida até o ano de 2018. Assim, denota-se que essa plataforma digital tem funcionado muito bem, com significativo aumento pelo procura de uma solução de disputas que não envolva o Poder Judiciário e que tem inspirado outras experiências de *Online Dispute Resolution* mundo afora, inclusive no Brasil”. In: DA ROSA, Camila; SPALER, Mayara Guibor. Experiências Privadas de ODR no Brasil. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 3, número 3, dezembro/2018.

³⁰ “Dentre as diferentes categorias de lawtechs e legaltechs associadas à AB2L, destaca-se a de Resolução de Conflitos *On-line*, cujo radar conta com 17 empresas, quais sejam: i) Sem Processo; ii) Concilie Online; iii)

também avanços no Poder Público. Não obstante a solução consensual no âmbito judicial seja um grande avanço, a conciliação na esfera administrativa ainda se mostra como meio mais célere para solução dos litígios. Focado nesse pensamento, algumas soluções têm sido adotadas. Exemplo recente disso foi o termo de cooperação assinado entre a Senacon e o CNJ visando combater a chamada judicialização no consumo:

A Secretária Nacional do Consumidor (Senacon) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assinaram um termo de cooperação que pode ajudar no combate à judicialização das relações de consumo e que, hoje, correspondem a 10% das 80 milhões de ações que tramitam no Judiciário brasileiro. A ideia é a seguinte: o cliente que recorrer à Justiça contra uma empresa será orientado a tentar um acordo pré-judicial na plataforma Consumidor.gov.br antes da abertura do processo. Ele não será obrigado a fazer um acordo. Segundo o CNJ, a medida é válida para o chamado Processo Judicial Eletrônico (PJe), um sistema do CNJ em parceria com a OAB que permite realizar os atos processuais por meio digital, assim como realizar todo o acompanhamento da ação na Justiça. No futuro, o Consumidor.gov.br será integrado ao PJe. “Isso significa um esforço conjunto para a divulgação dessa forma alternativa de soluções de disputas, especialmente antes de utilizar o judiciário. No futuro, esse acordo vai significar uma integração de plataforma de modo que o processo eletrônico judicial vai estar ligado ao Consumidor.gov.br. Então, antes de entrar com uma ação no processo eletrônico, o consumidor terá a oportunidade de usar o ‘.gov’ antes. Isso se quiser. Ela não é obrigada a nada”, explicou Luciano Benetti Timm, secretário nacional do Consumidor. Repercussões O acordo foi celebrado por secretários e até o ministro da Justiça, Sérgio Moro. O secretário adjunto da Secretaria Especial de Programa, Pesquisas e Gestão Estratégicas (SEP) e juiz auxiliar da Presidência do CNJ, Carl Smith, armou que a medida pode ajudar na redução de ações na Justiça. Hoje, segundo ele, estima-se a existência de 10% do acervo processual do país, que soma cerca de 10 milhões de processos. “Por isso, todas as iniciativas que estimulem a desjudicialização impactam diretamente na garantia de direitos de parcela significativa da população brasileira”, armou. Smith apontou o elevado grau de alinhamento entre as equipes do CNJ e do MJSP e enfatizou que, ao proporcionar maior celeridade à tramitação processual, a parceria dará relevante contribuição à garantia de direitos e fomentará a adoção de métodos de solução consensual de controvérsias. A conselheira do CNJ Maria Tereza Uille destacou a importância do acordo de cooperação e lembrou que o Poder Judiciário precisa se ocupar de pautas significativas. “Precisamos fazer uma triagem na porta de entrada. Questões de menor complexidade podem ser resolvidas por meio de conciliação”, armou. O ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, citou o Poder Judiciário

Juspro; iv) Leegol; v) Find Resolution; vi) Justto; vii) Mediação Online; viii) Misc – Métodos Integrativos de Soluções de Conflitos; ix) Resolv Já; x) Juster; xi) Melhor Acordo; xii) Acordo Fechado; xiii) Acordo Net; xiv) MediarTech; xv) D’acordo; xvi) Itkos Mediação Inteligente; e xvii) Quero Reclamar.Com”. In: DA ROSA, Camila; SPALER, Mayara Guibor. Experiências Privadas de ODR no Brasil. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 3, número 3, dezembro/2018.

como instrumento de garantia e proteção de direitos e ressaltou que, muitas vezes, a resolução do conflito tem custo até mesmo maior do que os valores em questão. “Se tivermos alternativas mais baratas, por que não as incentivar?”, questionou Moro. Febraban assina termo A assinatura do acordo contou ainda com importante adesão da Federação Brasileira de Bancos (Febraban). O secretário-executivo do Banco Central, Adalberto Felinto Junior, citou que o estabelecimento de uma cooperação como a assinada representa um avanço institucional. “É a prova que as instituições no Brasil ganham maturidade e se mostram capazes de ofertar um serviço público de grande qualidade”, armou. O presidente da Febraban, Murilo Portugal, declarou que a adesão ao acordo é uma oportunidade para o setor bancário rearmar o compromisso com o diálogo, com o respeito e a transparência na relação com os consumidores e com a resolução não judicial de conflitos. “A integração da plataforma ‘consumidor.gov.br’ com o PJe do CNJ tem esse 12/06/2019 Antes do processo judicial, o consumidor.gov.br <https://www.consumidormoderno.com.br/2019/05/21/antes-processo-judicial-consumidor/> 3/5 objetivo de dispensar a necessidade de demandas que já sobrecarregam o nosso Judiciário”, observou.³¹

Assim, em demandas envolvendo relações de consumo, o cliente/consumidor, antes de ajuizar uma ação contra a empresa, será orientado a tentar um acordo pré-judicial na plataforma consumidor.gov.

O Consumidor.gov.br é um serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet. Monitorada pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon - do Ministério da Justiça, Procons, Defensorias, Ministérios Públicos e também por toda a sociedade, esta ferramenta possibilita a resolução de conflitos de consumo de forma rápida e desburocratizada: atualmente, 80% das reclamações registradas no Consumidor.gov.br são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias, conforme dados constantes do próprio site:

O Consumidor.gov.br coloca as relações entre consumidores, fornecedores e o Estado em um novo patamar, a partir das seguintes premissas:

- i. Transparência e controle social são imprescindíveis à efetividade dos direitos dos consumidores;
- ii. As informações apresentadas pelos cidadãos consumidores são estratégicas para gestão e execução de políticas públicas de defesa do consumidor;
- iii. O acesso a informação potencializa o poder de escolha dos consumidores e contribui para o aprimoramento das relações de consumo.

³¹ VENTURA, Ivan. Disponível em: http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUBI/Prospecoes/27-05-2019/Antes_do_processo_judicial__o_consumidor.gov.br.pdf. Acesso em: 12 jul. 2019.

Por se tratar de um serviço provido e mantido pelo Estado, com ênfase na interatividade entre consumidores e fornecedores para redução de conflitos de consumo, a participação de empresas no Consumidor.gov.br, só é permitida àqueles que aderem formalmente ao serviço, mediante assinatura de termo no qual se comprometem em conhecer, analisar e investir todos os esforços disponíveis para a solução dos problemas apresentados. O consumidor, por sua vez, deve se identificar adequadamente e comprometer-se a apresentar todos os dados e informações relativas à reclamação relatada.

A Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça é a responsável pela gestão, disponibilização e manutenção do Consumidor.gov.br, bem como pela articulação com demais órgãos e entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que, por meio de cooperação técnica, apoiam e atuam na consecução dos objetivos do serviço.

A criação desta plataforma guarda relação com o disposto no artigo 4º inciso V da Lei 8.078/1990 e artigo 7º, incisos I, II e III do Decreto 7.963/2013.³²

Ressalte-se que já existe iniciativa de integração entre a plataforma Processo Judicial Eletrônico (PJe) e a plataforma “Consumidor.gov.br”. Conforme afirmou o Ministro Dias Tofoli, “o nível tecnológico em que nos encontramos exige que a ampliação dos métodos auto compositivos, a partir de plataformas digitais, dê-se mediante interligação com o processo eletrônico”³³.

Como se pode perceber, portanto, existem muitas possibilidades para se avançar no tema da resolução alternativa de solução de conflitos, por meio da utilização da tecnologia.

Não se ignora que os números de conciliação vêm crescendo, mas o fato é que, de um modo geral, os índices de acordo na Justiça brasileira ainda são baixos, de apenas 12,3%; sendo certo que, na Justiça Federal, somente 8,4% dos processos terminam em acordo, segundo dados do CNJ³⁴. Portanto, há ainda muito a avançar.

4 PRINCIPAIS ASPECTOS DA CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL

A competência da Justiça Federal está prevista no artigo 109³⁵ da Constituição da Repú-

³² Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1> Acesso em: 15 out. 2019.

³³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/projeto-piloto-marca-integracao-entre-pje-e-consumidor-gov-br/>. Acesso em: 15 out. 2019.

³⁴ **Justiça em Números 2019**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019, p. 147.

³⁵ Art. 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição

blica. Na Justiça Federal da 3ª Região, a estrutura do seu programa de conciliação compreende o Gabinete da Conciliação (GABCON) e as centrais de conciliação (CECON).

Destacam-se dentro das competências da Justiça Federal litígios previdenciários envolvendo a concessão e a revisão de benefícios. Como requisito para qualquer demanda judiciária envolvendo benefícios previdenciários tem-se a necessidade do prévio requerimento administrativo, significando, com isso, que o Judiciário somente poderá ser acionado após a negativa do INSS em conceder o benefício ou a revisão pretendida. Requerimento administrativo, todavia, não se confunde com exaurimento da esfera administrativa. Ou seja, exige-se que o interessado pleiteie previamente perante a autarquia previdenciária, mas, havendo negativa do seu pedido, não se exige que sejam exauridos todos os recursos administrativos para possibilitar o pleito judicial.

Tais demandas, como dito, são inúmeras, principalmente perante os Juizados Especiais Federais. A Lei nº 10.259/2001 que instituiu os Juizados Especiais Federais trouxe no parágrafo único do artigo 10³⁶ previsão expressa para que os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais pudessem transigir, conciliar e desistir dos processos perante os Juizados Federais.

Essas demandas de massa ocupam grande parte da estrutura do programa de conciliação, permitindo, assim, que demandas como auxílio doença, aposentadoria por invalidez, apo-

de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V - As causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os “habeas-corpus”, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os “habeas-data” contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “exequatur”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

³⁶ Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

sentadoria por idade, por tempo de contribuição, pensão por morte, salário maternidade, revisões, sejam solucionadas em tempo muito mais rápido do que a um processo judicial como um todo. E qual a importância prática disso?

Vamos partir como exemplo um pedido de auxílio-doença. Normalmente o segurado procura um dos postos de atendimento do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), realiza um exame perante os peritos da autarquia e, caso não seja constatada a incapacidade ou ausente algum outro requisito, como qualidade de segurado, por exemplo, o pedido é indeferido. Cabe a ele, então, recorrer dessa decisão e/ou ajuizar uma ação. Considerando que tenha sido ajuizada uma ação, aquela pessoa que apresenta problemas de saúde terá que se submeter a novos exames para convencimento do juízo. Pode ainda pedir uma tutela provisória. Aqui fazemos um corte epistemológico para mencionar uma questão importante que envolve a jurisprudência pátria e que vai implicar diretamente a solução consensual da demanda.

Durante muitos anos os pedidos envolvendo benefícios previdenciários, diante do evidente caráter social que envolvem, foram contemplados por tutelas provisórias que de certa forma amenizavam a demora natural do curso processual. Acontece que após a decisão no Repetitivo 692³⁷ passou-se a entender que a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. Não obstante tal tema esteja novamente em discussão, ainda prevalece o decidido em aludido repetitivo. E o que isso traz como consequência no tema aqui abordado? A consequência é a seguinte: os juízes diante de tal entendimento passam a não conceder a tutela de urgência uma vez que, em tendo uma futura reversão do julgamento em grau recursal, as consequências de uma cassação da tutela serão muito mais drásticas do que a negativa inicial. É aqui que ganha força a conciliação logo no início do processo, reforçada com a previsão do artigo 334 do CPC, na medida em que as partes passarão por um processo conciliatório inicial e, obtida a conciliação, o benefício já será implantado sem o risco do processo durar anos e o requerente, acometido de uma doença incapacitante, ter que esperar até a decisão final para poder gozá-lo ou, em muitas vezes, habilitar os herdeiros para receber os atrasados em decorrência do óbito da parte autora.

Outro litigante habitual na Justiça Federal e grande atuante nas Centrais de Conciliação é a Caixa Econômica Federal. Os processos que envolvem essa entidade financeira vão desde financiamentos habitacionais até pedidos de danos morais e materiais por saques fraudulentos, negativação indevida, cobrança indevida. Saliente-se, todavia, que tal parte não figura apenas no polo passivo das demandas, muitas ações são decorrentes de inadimplimento de contratos bancários, imobiliários, financiamentos estudantis, etc.

No Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal há menção expressa da crise do Sistema Financeiro de Habitação e a importância do uso de meios consensuais. Nesse ponto esclarece:

Contudo, também a via judicial se mostrou inapta a resolver o pro-

³⁷ A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 24 out. 2019.

blema, em virtude de seu caráter eminentemente econômico e social. Evidentemente, jamais a questão poderia ser sanada pela concessão maciça de liminares para obstar o pagamento de prestações ou impedir a execução extrajudicial, sob o argumento de as quantias exigidas excederem o devido, pois a dívida não se limitava ao valor da prestação, mas abrangia também o saldo devedor – do qual a prestação é mera amortização – e outros encargos, como o prêmio de seguro. Tampouco a medida seria capaz de afetar a real causa do conflito, decorrente do descasamento de critérios de correção e periodicidade mencionados, bem como da perda da capacidade financeira dos mutuários por variadas causas.

Diante da complexidade e extensão dos fatores subjacentes ao conflito, é impensável contemplá-los nos estreitos limites de uma lide processual formal. Em uma circunstância como esta, é patente a diferença entre aquilo que é trazido ao Poder Judiciário e aquilo que compõe, efetivamente, o interesse das partes e fomenta o conflito.

Dessa maneira, é inevitável que, ausentes mecanismos formais para a resolução dessa espécie de conflito e sendo atribuição do Estado sua resolução, à luz do princípio do acesso inafastável ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF) e do dever de o Estado buscar a solução pacífica dos conflitos (preâmbulo e art. 4º, VII, CF), deva-se tentar a solução consensual entre as partes. Não por acaso, a institucionalização do uso de meios consensuais na Justiça Federal teve início em processos relacionados ao Sistema Financeiro de Habitação.³⁸

Deve-se ter em mente que esses ditos litigantes habituais projetam de antemão qual o resultado provável da demanda e, diante disso, se posicionam de forma proativa para o acordo quando a sucumbência é quase inevitável. Ainda assim, para o litigante inabitual ter a antecipação da solução é, sem dúvida, um fator que compensa essa desvantagem processual e, portanto, revela uma boa prática também nesses casos e que pode significar a superação de um dos prováveis obstáculos para um possível acordo, que é a assimetria das informações.

Aliado a esse aspecto, é preciso que se comece a pensar em adotar soluções tecnológicas, que certamente serão mais céleres e econômicas. Por exemplo, poderia se pensar em uma plataforma digital de acordo no âmbito do próprio INSS, antes mesmo de o conflito chegar ao Judiciário. Ou mesmo uma plataforma digital, gerenciada pelo Poder Judiciário, integrando e facilitando a comunicação dos diversos atores envolvidos.

Nesse perspectiva, dessa maneira, é preciso louvar a recente iniciativa de criação de uma Estratégia Nacional Integrada para Desjudicialização da Previdência Social, com a participação dos principais atores envolvidos na questão: STF, CNJ, STJ, CJE, Ministério da Economia, Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, AGU, DPU e INSS, estratégia essa que “foi desenhada a partir da necessidade de atribuir tratamento adequado às ações

³⁸ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

judiciais relativas à concessão e à revisão de benefícios previdenciários e assistenciais, as quais representam parcela significativa do acervo processual da Justiça Federal”.³⁹ Sobre ainda esse acordo, vale destacar que:

A estratégia tem como propósito identificar pontos de conflito e as reais causas da litigiosidade em previdência para subsidiar melhores práticas de gestão e de políticas públicas. Também fazem parte do plano implantar medidas para prevenir ações na Justiça, estimular a resolução por consenso e melhorar o processamento das ações previdenciárias.⁴⁰

Assim, no âmbito da Justiça Federal, para além das questões envolvendo os facilitadores da conciliação em cada caso concreto, não se pode perder de vista a necessidade de uma articulação interinstitucional em caráter nacional para incentivar/viabilizar a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça não se limita ao acesso ao Judiciário, mas significa, de um modo mais amplo, o respeito ao direito de cada cidadão de ter uma resposta do Estado. Isso quer dizer que a famigerada cultura da sentença nem sempre será a solução que melhor atenda ao anseio dos litigantes, sem, com isso, pretender-se esvaziar a importância de tal provimento.

O acesso à Justiça é muito mais a obtenção de tutela jurisdicional efetiva. Os meios consensuais de solução de conflitos são instrumentos à obtenção dessa tutela jurisdicional efetiva, é um mecanismo de acesso à justiça.

Soma-se a isso, atualmente, a possibilidade de incorporação de soluções tecnológicas, que a cada momento tornam-se mais presentes no nosso dia-a-dia, como aliás vêm sendo muito bem utilizadas no setor privado, mas que pode e deve ser incorporada também no setor público.

Como se pôde perceber das pesquisas realizadas pelo CNJ, nos últimos anos, houve um avanço na utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos. Muito embora ainda se mostre um aumento tímido frente às suas possibilidades, principalmente no âmbito da Justiça Federal. A recente iniciativa de criação de uma Estratégia Nacional Integrada para Desjudicialização da Previdência Social se mostra muito promissora, na medida que nos parece essencial uma articulação interinstitucional para um maior êxito das conciliações das demandas federais.

Não se está defendendo que a conciliação e a mediação sejam uma panaceia, como solu-

³⁹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-Noronha-assina-acordo-de-estrategia-para-desjudicializacao-da-Previdencia-Social.aspx>. Acesso em: 23 out. 2019.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2019/08/acordo-entre-governo-federal-e-judiciario-deve-reduzir-acoos-sobre-previdencia/>. Acesso em: 23 out. 2019.

ção de todos os problemas do Judiciário. São instrumentais da Justiça, do juiz, que pode, diante do caso concreto, fazer uso ou não.

Assim, embora não seja a solução para a excessiva carga judiciária, os meios alternativos passam a ganhar maior corpo no judiciário nacional, seja pela institucionalização mediante inovação legislativa pertinente, seja pela ampliação de sua aplicabilidade, hoje não mais como um instrumento voltado à atividade privada, mas também, de forma horizontalizada, envolvendo a administração pública e o poder público. O reflexo imediato é a solução mais célere das demandas de massa que hoje ganham em eficiência.

REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Resolução on-line de disputas. *In: O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind*. Coordenado por Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovanni Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ANTES DO PROCESSO JUDICIAL O CONSUMIDOR.GOV. Disponível em: http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUBI/Prospeccoes/27-05-2019/Antes_do_processo_judicial_o_consumidor.gov.br.pdf.

CALMON, Eliana. A conciliação judicial na Justiça Federal. In. RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coord.) **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 107-114.

CAPPETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSUMIDOR.GOV – Disponível em: (<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1>).

DA ROSA, Camila; SPALER, Mayara Guibor. Experiências Privadas de ODR no Brasil. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 3, número 3, dezembro/2018.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimentos de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?. **Cidadania, Justiça e Violência**. Organizadores Dulce Pandolfi [et al]. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

FERRAZ, Leslie Shérica. **Acesso à Justiça**. Uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**. Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta

Jurídica, 2013.

JUSTIÇA EM NÚMEROS. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019.

O MITO DE SÍSIFO - Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/mitodesisifo.htm>.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO AVALIADAS EMPIRICAMENTE Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. Gerenciamento do processo e acesso à justiça. Belo Horizonte, Del Rey, 2017.

SCHWAB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Dalcei Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal**, Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Editora Método, 2008.

VENTURA, Ivan. Disponível em: http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUBI/Prospeccoes/27-05-2019/Antes_do_processo_judicial__o_consumidor.gov.br.pdf.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey LTDA, 2019.

WATANABE, Kazuo – Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: RICHAM. A. A.; PELUSO A. C. Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**. Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a Tragédia da Justiça. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Da Discórdia analógica para a Concórdia digital. In: **O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Suskind**. Coordenado por Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovani Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA DO PRAZO EM DOBRO PARA A DEFENSORIA PÚBLICA, PREVISTO NO ARTIGO 5º, §5º, DA LEI 1.060/50, SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

THE PROGRESSIVE UNCONSTITUTIONALITY OF THE DOUBLE TERM FOR PUBLIC DEFENSE PROVIDED FOR IN ARTICLE 5, PARAGRAPH OF LAW 1.060 / 50 ON THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE

Mariana Augusta dos Santos

*Graduada em Direito pela
Universidade Estadual de Montes Claros
Advogada*

marianasantosaugusta@gmail.com

RESUMO

O artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 confere à Defensoria Pública a prerrogativa de ter todos os prazos contados em dobro. A referida norma já foi discutida no plenário do Supremo Tribunal Federal, uma vez que há quem entenda pela sua inconstitucionalidade. A controvérsia existente em torno da matéria se dá porque na seara processual penal o Ministério Público não goza da mesma prerrogativa que a Defensoria Pública para a interposição de recurso. Nesse sentido, invoca-se o princípio da igualdade, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), no qual está ínsita a noção de igualdade de tratamento entre as partes de um processo. Contudo, também merece atenção o princípio do acesso à justiça, que impõe ao Estado o dever de fornecer à sociedade um acesso efetivo à ordem jurídica justa. Questiona-se a possibilidade da Defensoria Pública oferecer uma assistência jurídica eficiente aos mais necessitados sem gozar da prerrogativa do prazo em dobro. O Supremo Tribunal Federal, ao utilizar a técnica da inconstitucionalidade progressiva do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 sabidamente asseverou que só no momento em que a Defensoria Pública alcançar a estrutura do Ministério Público a constitucionalidade deverá cessar.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade progressiva. Prazo em dobro. Defensoria Pública. Acesso à justiça.

ABSTRACT

The article 5º, paragraph 5º, of Law 1,060/50 gives the prerogative of all double term to Public Defender. This norm has already been discussed in plenary of Federal Supreme Court, because there are those understand for its unconstitutionality. The controversy about this issue exists because the Public Prosecutor doesn't have same prerogative as the Public Defender in the field of Criminal Prosecution to bring an appeal. In this way it is important to talk about principle of equality in which the notion of equality of treatment between the parties is included. However, it must pay attention in the principle of access to justice, which inserts in the national legal order the duty of the State to provide effective access to justice for all society. It is questioned the possibility of the Public Defender offering efficient legal assistance to deprived people without enjoying the prerogative of the double term. The Federal Supreme Court in using the technique of progressive unconstitutionality for article 5, paragraph 5 of Law 1,060/50 has knowingly ruled that when the Public Defender reaches the structure of the Public Prosecutor, constitutionality must cease.

Keywords: Progressive unconstitutionality. Double term. Public Defender. Access to justice.

Data de submissão: 22/10/2019

Data de aceitação: 23/03/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA 1.1. O Estado Democrático de Direito 1.2. O princípio do Acesso à Justiça 2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A CONCESSÃO DO PRAZO EM DOBRO, PREVISTO NO ARTIGO 5º, §5º, DA LEI 1.060/50 2.1 A existência da Defensoria Pública 2.2 O prazo em dobro para a Defensoria Pública 3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA 4. IV A (IN)COMPATIBILIDADE DO PRAZO EM DOBRO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A inconstitucionalidade progressiva do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 é tema ainda em discussão entre os estudiosos, tendo em vista a matéria abranger duas importantes garantias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88): o direito ao

acesso à justiça consubstanciado no princípio da inafastabilidade da jurisdição (também denominado de princípio do acesso à justiça) e o direito à igualdade de tratamento consubstanciado no princípio da isonomia.

O artigo 5º, §5º, da Lei nº 1.060/50 confere à Defensoria Pública a prerrogativa da contagem em dobro de todos os prazos. No que se refere à interposição de recurso na seara processual penal, entretanto, o órgão de acusação, Ministério Público, não dispõe da mesma prerrogativa. Por isso, há entendimento no sentido de que o artigo 5º, §5º, da Lei nº 1.060/50 deve ser declarado inconstitucional, tendo em vista violar a igualdade de tratamento insito ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput* e inciso I da CRFB/88.

No presente trabalho tem-se como base legal a CRFB/88, a legislação infraconstitucional – precisamente o Código de Processo Penal de 1941 (CPP), o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) e a Lei nº 1.060/50 – além de julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Aqueles que são favoráveis à inconstitucionalidade progressiva do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 entendem que por haver uma diferença estrutural entre Defensoria Pública e Ministério Público, o tratamento distinto temporário se justifica para compensar uma deficiência que, neste caso, possui o órgão de defesa. Fala-se em temporariedade porque se trata de uma norma constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade. Por isso, no momento em que a Defensoria Pública atingir a estrutura de Ministério Público, essa diferença não mais será justificada e a norma deverá ser declarada inconstitucional. O prazo em dobro na presente situação seria uma forma de conferir aos mais necessitados o direito ao acesso efetivo à justiça, de modo que a assistência jurídica fornecida pelo Estado seja técnica e eficiente.

Por outro lado, a corrente contrária à inconstitucionalidade progressiva da norma em destaque entende que a esta deve ser declarada, de plano, inconstitucional, por violar o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput* e inciso I da CRFB/88. O preceito restaria violado por assegurar uma prerrogativa a apenas uma das partes no processo, ferindo assim, a igualdade processual estabelecida no ordenamento jurídico pátrio.

A relevância do presente tema se pauta na discussão acerca da oportunidade dos economicamente desfavorecidos disporem de uma defesa efetiva ao terem acesso ao judiciário. Questiona-se a possibilidade da Defensoria Pública prestar serviços de qualidade em face da grande demanda, sem gozar de prerrogativas. Ressalta-se ainda a importância do debate entre os estudiosos do tema sobre a prerrogativa do prazo em dobro na perspectiva de dois nobres princípios constitucionais: o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da isonomia.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

1.1 O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é o resultado das transformações do Estado de Direito, que aperfeiçoou suas formas no decorrer do tempo. “Na realidade, o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma – isto é, pano de fundo de silêncio – que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas”¹. Canotilho aduz: “[...] se não se devem desprezar as garantias de uma protecção jurídica sem lacunas, também é necessário associar (como, de resto, já foi frisado) a realização do princípio de Estado de direito com a efectivação do princípio democrático”.²

Deve-se ter em mente, em um primeiro momento, que o princípio do Estado Democrático de Direito não é a junção dos elementos formadores do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas sim uma nova definição, de carácter procedimental e não idealista e com uma vertente revolucionária, na qual se busca a transformação do *status quo*. Canotilho também pontua:

Só assim se conseguirá solidificar um Estado de direito não reduzido a um sistema de protecção perante violações jurídicas, e alicerçar um Estado de direito democrático em que o *due process of law* constitua uma prevenção eficaz contra a lesão de direitos e interesses dos cidadãos.³

O Estado de Direito está associado a esta ideia de liberalismo, de modo que era expressão utilizada para os homens pregarem seu direito à liberdade. Ao exigir uma posição de cidadãos livres em contraponto à submissão aos ditames estatais, a sociedade se utilizou da concepção do Estado de Direito.

Imprescindível se torna, ao falar de Estado de Direito, abordar os denominados direitos de primeira dimensão, que possuem como características o carácter liberal e o limite na atuação do Estado. Trata-se de imposição de limites ao poder estatal, no sentido de submetê-lo aos ditames impostos por lei. Ressalta-se que os direitos do período em questão ganharam maior evidência com as primeiras constituições escritas. A primeira institucionalização coerente e com certo carácter geral do Estado de Direito ocorre com a Revolução Francesa, ainda que sejam encontrados precedentes mais ou menos imprecisos da ideia de “império da lei” na Antiguidade, na Idade Média e no *Ancien Régime*.

No contexto de liberalismo, ganharam evidência, por exemplo, o direito à liberdade, à vida, à locomoção e à expressão. Importante mencionar que com o decurso do tempo foram diferentes as formas de concretização do Estado de Direito. A saber, quatro momen-

¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 2017, p. 296.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 1993, p. 389.

³ *Ibid.*, p. 389-390.

tos foram de grande relevância e destaque: *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *État legal* e *Always under Law*.

O *Rule of Law* (governo da lei) teve como marco a igualdade entre os cidadãos ingleses e a defesa da soberania das leis em face do poder arbitrário estatal. O *Rechtsstaat*, surgido na Prússia, se caracterizou pela soberania do Estado, na qual todos, inclusive o rei, eram tidos como submissos, sendo a lei considerada como vontade do soberano, sem a distinção, contudo, do aspecto formal e material, existentes na lei inglesa.

O *État legal*, ocorrido na França, teve como principais acontecimentos a elaboração de leis por legisladores eleitos democraticamente, bem como a observância de preceitos estabelecidos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), preceitos como a limitação imposta ao poder de escolha dos legisladores. Já o *Always under Law* se propagou nos Estados Unidos com a ideia de “Império do Direito”, na qual todos seriam submissos ao direito, e o responsável pela elaboração da lei garantidora dos direitos e liberdades dos cidadãos seria o povo.

Verifica-se, no cenário relatado, a evolução do Estado de Direito em um momento no qual se desenvolvia a noção de liberalismo, com destaque para a atuação negativa do Estado na tentativa de se consolidar direitos e garantias individuais, tais como o direito à liberdade e à vida. A abstenção do Estado presente no liberalismo se acentuou de modo que a sociedade, em um tempo de crise econômica e fim da Primeira Guerra Mundial (1918), viu-se a mercê da justiça social. Desta vez, necessário se fazia a atuação do Estado no plano socioeconômico.

Também em virtude das injustiças provocadas pela Revolução Industrial em meados do século XVIII, em um contexto de direitos de segunda dimensão, ganham destaque o Estado Social e o *Welfare State* (Estado de bem estar social). São enaltecidos na referida época os direitos ao trabalho, à subsistência, ao amparo à velhice e à doença, dentre outros direitos que promovem a igualdade humanitária e atendem as necessidades individuais e coletivas dos cidadãos. Vale ressaltar que os antagonismos políticos são características do Estado Social. Por isso, pode-se concluir que foram Estados sociais a Alemanha nazista, a Espanha franquista, a Itália fascista, e os Estados Unidos de Roosevelt. Não se inclui nesse rol, contudo, o Estado Socialista do marxismo, uma vez que, neste caso, não se fala em concepção capitalista, que é importante característica do Estado Social.

Finalmente, após as experiências tidas com o Estado Liberal e o Estado Social, surge o Estado Democrático de Direito, que sedimentou o ideal de soberania popular. Trata-se de uma participação efetiva da população nas decisões e rendimentos da produção do Estado. A democracia, nesse sentido, ganha um caráter participativo e efetivo com a atuação dos cidadãos no espaço político estatal. Salienta-se que com o Estado Democrático de Direito aumenta a busca pela concretização material dos direitos fundamentais, e não meramente formal. Ou seja, há uma preocupação em assegurar direitos e garantias no caso concreto. Outra importante característica é a notoriedade atribuída às classes excluídas, como mulheres e analfabetos, que passam a adquirir seu reconhecimento com a universalização do Sufrágio Universal.

É de importante valia destacar que a Constituição no Estado Democrático de Direito se

apresenta como norma suprema. A CRFB/88, por exemplo, consagra o referido princípio:

E aí se entremostra a extrema importância do artigo 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.⁴

Princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) - reconhece a República Federativa do Brasil como uma ordem estatal justa, mantenedora das liberdades públicas e do regime democrático. A força e intensidade desse princípio projetam-se em todos os escaninhos da vida constitucional brasileira. Transmite a mensagem de que Estado de Direito e Democracia bem como **Democracia e Estado de Direito** não são ideais relutantes ou pleonásticas, porque inexistem dissociadas. Como princípio fundamental, a voz **Estado Democrático de Direito** veicula a ideia de que o Brasil não é um **Estado de Polícia**, autoritário e avesso aos direitos e garantias fundamentais. Em suma, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas.⁵

Pode-se concluir, portanto, que a formação do Estado Democrático de Direito consolidou e aperfeiçoou os ideais do Estado de Direito e do Estado Social, criando um conceito novo e revolucionário na tentativa de provocar mudanças no *status quo*. A democracia, os direitos fundamentais e a supremacia popular foram preceitos que ganharam efetividade com o novo modelo de Estado que surgiu, o Estado Democrático de Direito.

1.2 O princípio do Acesso à Justiça

A possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para defesa de um direito se materializa na garantia constitucional do acesso à justiça, conquista de extrema valia concretizada no Estado Democrático de Direito. De maneira mais precisa, trata-se de garantia que não permite que seja afastado do conhecimento do judiciário lesão ou ameaça a direito.

O direito ao acesso à justiça recebe várias denominações pela doutrina: direito de acesso à ordem jurídica justa, princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito de ação, princípio do livre acesso ao judiciário, princípio da ubiquidade da Justiça, dentre outras nomenclaturas. Didier Júnior explica que: “Este princípio não se dirige apenas ao Legislativo –impedindo de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional –, mas também a todos quantos desejem assim proceder”.⁶

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2014, p. 121.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 510-511.

⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 2015. 1 v, p. 178.

Cappelletti e Garthy ao tratar do direito ao acesso à justiça explicam que: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁷. Registra-se: “O acesso à justiça diz respeito à amplitude da prestação da tutela jurisdicional, ao momento em que pode ser proposta ação e ao custo financeiro do processo”⁸.

No ordenamento jurídico pátrio estão previstos tanto a tutela jurisdicional repressiva como a preventiva. Isso se verifica nas menções feitas à palavra “lesão” e “ameaça a direito” no próprio art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88, segundo o qual: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Destaca-se que essa garantia permite a tutela dos direitos individuais, sociais, privados, públicos, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Ressalta-se que a inafastabilidade da jurisdição não é um direito absoluto, uma vez que há hipótese em que o direito de ação permite levar ao conhecimento do judiciário lesão ou ameaça a direito somente mediante o prévio esgotamento das vias administrativas. Na Justiça Desportiva, por exemplo, havendo o julgamento da causa dentro do prazo de sessenta dias, necessário se faz o exaurimento da instância administrativa para se recorrer ao Poder Judiciário. Vale lembrar também o caso da Lei de Arbitragem:

A Lei da arbitragem (Lei 9.307/96), no seu artigo 33, afirma que “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”. Dessa forma, não poderá a parte sucumbente em um processo arbitral recorrer ao Judiciário para questionar o mérito da sentença arbitral. Não seria inconstitucional essa limitação? O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional, já que o processo arbitral foi escolha da parte e versa sobre direitos disponíveis.⁹

Por fim, a permissibilidade estabelecida na Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem) para as pessoas capazes de contratar valerem-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, submetendo a solução do litígio a juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem. Pois bem, embora a previsão do referido compromisso, não se abre mão do direito de ação, mas apenas institui-se opção por uma jurisdição privada.¹⁰

Cappelletti e Garth explicam que as barreiras impostas ao acesso ao Judiciário são mais incisivas e frequentes em face das pequenas causas e dos autores individuais, principalmente os pobres. Isso se verifica porque há maior dificuldade para um indivíduo pleitear judicialmente um direito em razão de um dano pequeno e em face de uma grande organização. Os referidos autores destacam ainda que há um interrelacionamento entre as barreiras e

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, 1988, p. 12.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 2012.

⁹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**, 2017, p. 919.

¹⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**, 2017, p. 1176.

esclarecem que seria tarefa difícil eliminá-las, uma vez que a mudança efetuada para melhorar o acesso à justiça em um quesito poderia prejudicar em outro. Veja-se:

Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal “reforma”. Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes poderiam agora intentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que sejam bem sucedidos.¹¹

Torna-se importante elucidar que:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está intimamente ligado àquele que assegura assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV, da CF/1988). Com efeito, sem que se enseje esse tipo de assistência, não se irá dar efetividade ao comando que garante o amplo acesso ao Judiciário, pois grande parte da população, em que pese a garantia insculpida no inc. XXXV do art. 5º, estaria alijada do efetivo acesso ao Judiciário.¹²

O direito ao acesso à justiça, apesar de ter sido reconhecido nos países ocidentais, começou a se insurgir de modo efetivo com as denominadas três soluções para o acesso: a assistência judiciária, as reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos” e o enfoque ao acesso à justiça. Vê-se assim, que o mero reconhecimento do direito de ingressar no Judiciário não é suficiente para assegurar à sociedade um acesso eficiente à justiça, o que implica a necessidade de implementação de medidas que possam efetivar o direito resguardado:

[...] a problemática do acesso à Justiça, não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.¹³

No espectro da assistência judiciária, a sociedade ocidental, principalmente, vislumbrou a grande importância assumida por um advogado na interpretação da lei e no ajuizamento de demandas. Foi reconhecida, assim, a vitalidade da assistência judiciária de um advogado para os mais necessitados. Ocorre que, o Estado não contribuía na garantia desse direito, apenas os advogados particulares se incumbiam de fornecer auxílio aos hipossuficientes, quando consideravam oportuno. Houve necessidade, então, de iniciar reformas.

A primeira “onda” de reformas teve como foco o melhoramento da assistência judiciária.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, 1988, p. 29.

¹² ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel William. **Processo Constitucional**, 2014, p. 34.

¹³ WATANABE 1984, p. 161, *apud* LENZA, 2017, p. 1173.

ria oferecida aos mais necessitados. Na Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos, França e Suécia iniciou-se um processo de melhoramento no auxílio jurídico prestado aos hipossuficientes. Na Inglaterra, por exemplo, os advogados particulares passaram a ser remunerados pelo Estado, não só pelo aconselhamento jurídico prestado aos necessitados, como também pela assistência judiciária nas demandas.

As primeiras reformas, sem dúvida, assumiram um papel de extrema importância na garantia de maior eficiência ao acesso à justiça. No entanto, outras barreiras viriam a surgir. Iniciou-se, assim, a segunda “onda” de reformas, cujo foco era a representação dos direitos difusos. Por meio de ações coletivas, assessoria pública, advogados particulares do interesse público e advogado público, países como os Estados Unidos e França passaram a dar maior atenção não somente aos direitos dos hipossuficientes, mas também aos direitos da coletividade, tais como o direito dos consumidores.

Na denominada terceira “onda” ou “ênfase ao acesso à justiça” há uma preocupação maior e mais abrangente que se trata de desenvolver mecanismos e procedimentos, bem como dar atenção às pessoas e instituições no intuito de prevenir litígios e aprimorar as demandas que os envolve. No presente caso, os princípios da reforma na assistência judiciária e na representação dos direitos difusos não foram desprezados na chamada terceira “onda”, ao contrário, complementaram novas soluções surgidas.

Constata-se, portanto, que o direito ao acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade da jurisdição é garantia da CRFB/88 que assegura à sociedade o direito de levar ao conhecimento do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Não é um direito absoluto, uma vez que possui algumas exceções. Ocorreram reformas na sociedade ocidental com intuito de tornar efetivo o acesso à justiça, o que de fato proporcionou melhorias. Sendo assim, verifica-se que com o decurso do tempo a mencionada garantia ganhou maior espaço e se concretizou no ordenamento jurídico da sociedade ocidental, inclusive do Brasil.

2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A CONCESSÃO DO PRAZO EM DOBRO, PREVISTO NO ARTIGO 5º, §5º, DA LEI nº 1.060/50

2.1 A existência da Defensoria Pública

O artigo 134 da CRFB/88 assevera que: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Antes da mencionada previsão, não havia menção no ordenamento jurídico brasileiro, à Defensoria Pública, mas tão somente ao serviço de assistência judiciária e por isso os estados não dispunham de um órgão para prestar o serviço jurídico assistencial à população.

No Brasil, com as Ordenações Filipinas de 1595, houve os primeiros indícios de aplicação da gratuidade da justiça aos hipossuficientes. Os dispositivos consistiam em prever a isenção de custas para impetração de agravo, bem como que presos pobres estariam

desobrigados de arcar com as custas provenientes da sua condenação. Ao longo do tempo foram editados Leis, Decretos e Regulamentos, sem, contudo, sistematizar devidamente o tema. Vale mencionar:

No ano de 1870, JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, então presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, deu um decisivo passo na caminhada histórica da assistência jurídica aos necessitados, sugerindo que a entidade assumisse o papel de prestar consultoria jurídica e de oferecer defesa às pessoas pobres em juízo.

O Decreto nº 1.030 de 14 de novembro de 1990 e o Decreto nº 2.457, de 8 de fevereiro de 1897 foram os primeiros dispositivos a darem início a uma estruturação sistematizada da assistência jurídica aos mais necessitados. O Decreto nº 2.457, ao instituir no Distrito Federal a assistência judiciária, determinou, por exemplo, que os litigantes pobres nos âmbitos cível ou criminal, sendo autores ou réus, ou em qualquer outra qualidade teriam patrocínio gratuito. Torna-se importante elucidar:

Outrossim, a exemplo do que se passou a praticar na capital do país, diversos estados da federação iniciaram a implementação e regulamentação da assistência judiciária no âmbito estadual, como o Rio Grande do Sul (em 1895), São Paulo (em 1920), Pernambuco (em 1923) e Minas Gerais (em 1925).¹⁴

Importante observar, no entanto, que não havia ainda o desenvolvimento de órgãos governamentais permanentes e organizados em carreira, especialmente voltado para a assistência legal dos necessitados. Nessa época, seguindo a linha traçada pelo Decreto nº 2.457 de 1897, realizava-se o atendimento dos menos abastados ainda por meio de profissionais liberais, nomeados episodicamente para a defesa dos direitos do litigante pobre.¹⁵

Fernandes explica que:

A assistência judiciária passa a ter derivação constitucional em nosso ordenamento a partir da Constituição de 1934 (art.113, n.32). Porém, não aparece no texto da Constituição de 1937 e retorna somente com o advento da Constituição de 1946 (art. 141, §35) e continuou existindo na Constituição de 67 (art. 150, §32) / 69 (art. 153, §32).¹⁶

A gratuidade da justiça só veio a ser tratada na esfera nacional com o Código de Processo Civil de 1939 (CPC/1939) que teve como embasamento o já mencionado Decreto nº 2.457. O art. 68 do CPC/1939 estabelecia que: “a parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade”, bem como, em seu parágrafo único havia a possibilidade da parte pobre ser assistida por um advogado de seu interesse ou indicado pelo juiz, sem con-

¹⁴ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklin Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p.28.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 2017, p. 1378.

tudo, organizar a assistência judiciária. O CPP (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), no mesmo sentido, dispunha de uma regulamentação vaga acerca do tema, já que passou a estabelecer a atuação *pro bono* para acusados ou querelantes hipossuficientes, conforme disposto nos seus artigos 32 e 263. Como já destacado anteriormente, a Constituição de 1937 se absteve de disciplinar sobre essa matéria que, no Brasil, carecia de uma organização estruturada.

Nesse sentido, faz-se necessário esclarecer que no Brasil a assistência judiciária gratuita aos necessitados, por não possuir um órgão específico para sua realização, era desempenhada pelas Procuradorias dos Estados, uma vez que elas já dispunham de um aparato jurídico. Apesar disso, não havia nenhuma proibição da mencionada assistência judiciária ser exercida por uma instituição específica, como foi o caso do estado do Rio de Janeiro, que desde 1950 dispunha de estrutura própria para atender às causas jurídicas dos hipossuficientes.

Diante da inexistência de previsão nas Constituições de quem deveria cumprir a função de prestar o serviço de assistência judiciária gratuita, os Estados se depararam com duas possibilidades: (a) a realização da assistência judiciária gratuita por um órgão estatal já existente; ou (b) a criação de um novo órgão com esta missão.¹⁷

Ressalta-se ainda que:

No final dos anos 1960 e ao longo das décadas de 1970 e 1980, o serviço estatal de Assistência Judiciária restou implementado em diversos estados da federação, consolidando o entendimento de que o acesso das camadas mais pobres à justiça deveria ser franqueado por órgãos governamentais permanentes e organizados em carreira, evitando-se o inconveniente e dificultoso sistema de nomeação de advogados *pro bono*. Como exemplo, podemos mencionar os estados do Acre, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.¹⁸

Nos ensinamentos de Bulos: “foi importantíssima a constitucionalização da Defensoria Pública pelo Texto de 1988. É um sopro de esperança, um paliativo excepcional, para o combate à dramática questão do acesso igualitário à Justiça”¹⁹. É importante destacar que “Nesse momento, revelou-se extremamente importante a participação de diversos integrantes da assistência judiciária do país, que depositaram seus esforços para que a Defensoria Pública fosse reconhecida, pela nova Constituição [...]”²⁰. Trata-se, a Defensoria Pública, de instituição incumbida de salvaguardar não só os direitos individuais, como também os coletivos das pessoas mais necessitadas. Isso, sem dúvida, na tentativa de assegurar o acesso igualitário à justiça e reforçar os ideais da igualdade e da inclusão social estabelecidos na CRFB/88.

O artigo 5º, inciso LXXIV da CRFB/88 preceitua que: “O Estado prestará assistência jurídica

¹⁷ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 72.

¹⁸ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklin Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p. 28.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 1440.

²⁰ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklin Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p. 28.

integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso”. Nesse sentido, o serviço de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, é à luz do artigo 134 da CRFB/88, atribuição da Defensoria Pública. Destaca-se que esta função pode ser exercida de forma típica ou atípica, a depender da circunstância na qual o conceito de necessitado está sendo empregado.

Vale notar que a palavra “necessitado”, ao se tratar de Defensoria Pública, pode ser utilizada em variados sentidos. Registra-se que pode haver a “necessidade econômica”, na qual se enquadra a pessoa desprovida de recursos financeiros para constituir advogado, a “necessidade jurídica”, que se refere à pessoa com recursos econômicos suficientes para constituir advogado, mas que não o faz em um processo criminal, e a “necessidade organizacional” que se refere à tutela de direitos coletivos. Cabe à Defensoria Pública, portanto, atuar nestas esferas.

Os múltiplos sentidos do vocábulo necessitado proporcionam a divisão das funções da Defensoria Pública em típicas e atípicas. Serão típicas as exercidas em função da necessidade econômica do beneficiário; serão atípicas aquelas que independerem deste aspecto (necessidade jurídica e organizacional, por exemplo).²¹

As Defensorias Públicas Estaduais e da União são dotadas de autonomia funcional e administrativa, bem como de iniciativa de sua proposta orçamentária, por força da lei de diretrizes orçamentárias e do artigo 99, §2º da CFRB/1988 no caso das Defensorias Estaduais, e por força da Emenda Constitucional nº 74 de 06 de agosto de 2013 no caso das Defensorias da União e do Distrito Federal. Registra-se ainda que para definir a organização das Defensorias Públicas a Lei Complementar nº 80/94 foi de grande valia, uma vez que dispôs sobre estrutura, atribuições, responsabilidades, dentre outros importantes aspectos da instituição.

Nesse sentido, no que diz respeito à competência administrativa, cabe às próprias Defensorias, sejam elas do Estado ou da União, exercerem administrativamente suas próprias competências. Isso não se verifica, contudo, com a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, já que a competência, neste caso, é atribuída à União. No que tange à competência de legislativa, destaca-se que a União possui competência exclusiva no âmbito da Defensoria Pública da União e privativa no âmbito da Defensoria Pública dos Distrito Federal e Territórios. Já na esfera das Defensorias Públicas Estaduais são competentes os estados e a União. Não se enquadra neste último rol, o Distrito Federal.

Importante notar a vedação imposta aos Defensores Públicos, que trata do exercício da advocacia que não seja de caráter institucional, conforme preceito do artigo 134, §1º da CRFB/88. Lima destaca: “O trabalho jurídico especializado que é desempenhado por estes agentes públicos deve se concentrar nas funções institucionais do órgão, jamais podendo ser exercido além dessas fronteiras, ainda que em **benefício próprio**”.²²

Salienta-se ainda que a Emenda Constitucional nº80 de 04 de Junho de 2014, segundo Fernandes “explicitou que são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade,

²¹ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 80.

²² *Ibid*, p. 86.

a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 966 da Constituição de 1988”.²³ Bulos faz a seguinte explanação:

Pelo vetor da unidade, a Defensoria Pública é una, vedando-se a formação de “panelinhas” ou “grupos” que busquem a satisfação de interesses particulares. Segundo o ditame da indivisibilidade, a Defensoria Pública não pode ser dividida ou fragmentada, porque a prestação de assistência jurídica é contínua, ainda quando um defensor possa vir a ser substituído por outro ao longo de sua atividade. Conforme a diretriz da independência funcional, o defensor não deve satisfação a ninguém, mas apenas a sua própria consciência, podendo desagradar aqueles que se sentirem ofendidos por sua atuação, sem que sofra represálias ou retaliações de quem quer que seja.²⁴

No que se refere à Lei 1.060/50 ressalta-se que esta dispõe sobre a concessão de assistência judiciária e da gratuidade da justiça aos mais necessitados. A referida lei mantém importante ligação com a Defensoria Pública e traz importantes conceitos. Lima assevera que “Somente com a edição da Lei 1.060 de 5 de fevereiro de 1950 houve a efetiva implantação do sistema de assistência judicial (assistência judiciária e justiça gratuita)”. Nesse sentido, importante se faz, na presente abordagem, a elucidação dos conceitos de assistência judiciária e justiça gratuita.²⁵

Nas palavras de Didier Júnior e Oliveira:

[...] assistência judiciária consiste no direito de a parte ser assistida gratuitamente por um profissional do Direito, normalmente membro da Defensoria Pública da União, dos Estados ou do Distrito Federal, e que não depende do deferimento do juízo nem mesmo da existência de um processo judicial.²⁶

Já Lima conceitua assistência judiciária como:

[...] o ato de assistir alguém judicialmente. Consiste no auxílio jurídico prestado a determinada pessoa na esfera judicial. Toda ação que exprima a atividade de amparar alguém em uma relação jurídico-processual expressa uma ação de assistência judiciária.²⁷

A CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, assevera que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. No dispositivo constitucional fala-se em assistência jurídica e não judiciária. Verifica-se que o legislador se utilizou da expressão “assistência jurídica” para garantir maior abrangência nas

²³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 2017, p. 1382.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 1443.

²⁵ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 19.

²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**, 2016, p. 24.

²⁷ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 53.

prestações de serviços jurídicos aos necessitados que vai desde uma consultoria jurídica até ao ingresso de uma demanda ao judiciário.

Nesse sentido, Lima explica que “a assistência jurídica integral e gratuita, inovação inserida pela Constituição de 1988, é gênero do qual a assistência judiciária gratuita é espécie”.²⁸ Ao tratar da assistência jurídica, Lima completa que “[...] é o todo, pois diz respeito às esferas judicial e extrajudicial: a assistência judiciária é uma parte, porque se refere apenas ao campo judicial”.²⁹ Consta-se, portanto, diferença de sentido entre as duas nomenclaturas, apesar de equivocadamente serem utilizadas como sinônimos.

No que se refere à justiça gratuita, assevera-se:

[...] **benefício da justiça gratuita** é, como dito, a dispensa do aditamento de despesas processuais, para o qual se exige a tramitação de um processo judicial, o requerimento da parte interessada e o deferimento do juízo perante o qual o processo tramita.³⁰

[...] o benefício da justiça gratuita (ou gratuidade judiciária) constitui, puramente, a dispensa do pagamento adiantado das despesas processuais, em favor de quem não dispõe de recursos para custeá-las sem prejuízo do sustento próprio ou do de sua família.³¹

Ressalta-se que a Lei 1.060/50 foi derogada, uma vez que alguns dos seus dispositivos foram revogados e outros permaneceram em vigor no ordenamento jurídico. Apesar disso, é importante notar que antes do CPC/15 a referida lei foi o dispositivo legal que dispunha com maior precisão sobre a justiça gratuita, bem como sobre a assistência judiciária. Inclusive, seus artigos que ainda vigoram, juntamente com o CPC/15, constituem importante base normativa, de modo que não se aplicam somente ao processo civil, mas também ao direito processual penal, trabalhista e administrativo, de forma subsidiária no que couber:

O art. 1.072, III, do CPC revoga expressamente “os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Permanecem, pois em vigor os dispositivos que cuidam da assistência judiciária (art. 1º §§1º ao 5º do art. 5º, parte do art. 14, e arts. 15, 16 e 18) e alguns que cuidam do benefício da justiça gratuita (o art. 5º, caput, e os arts. 8º, 9º, 10, 13 e parte do art. 14).³²

Constata-se, assim, que imprescindível ao se falar da Lei 1.060/50 é discutir a assistência judiciária gratuita. Lima (2012, p.54) explica que “a locução assistência judiciária gratuita deve ser utilizada para designar o serviço público prestado pelo Estado. Ela exprime a atividade prestada por órgão estatal – Defensoria Pública”³³. Nesse sentido, Barros destaca que “[...] a função constitucional da Defensoria Pública é prestar assistência jurídica gra-

²⁸ *Ibid.*, p. 58

²⁹ *Ibid.*

³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**, 2016, p. 24.

³¹ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 30.

³² DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**, 2016, p. 26.

³³ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 54.

tuita ao hipossuficiente (art. 5º, LXXIV e art. 134)³⁴. Ainda de acordo com Lima “Os modelos de assistência judiciária gratuita podem ser assim sintetizados: a) *pro Bono*, b) *Judicare*, c) *Salaried* d) *Staff Model*, e) Misto ou Híbrido”.³⁵

Vale lembrar que o modelo *pro Bono* de assistência judiciária se caracteriza pela atuação dos advogados particulares em benefício dos mais necessitados, sem haver uma contraprestação do Estado. É um modelo ainda utilizado atualmente, mas se mostra ineficiente segundo Cappelletti e Garthy porque, além de outros motivos: “[...] em economia de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a dedicar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita”³⁶. Trata-se de ato de boa vontade dos advogados e não de um direito dos cidadãos.

O modelo *Judicare*, por sua vez, se configurou como direito dos cidadãos, uma vez que cabia ao Estado a remuneração dos advogados particulares para que estes exercessem a assistência judiciária gratuita. Ocorre que, à semelhança do modelo “*pro bono*”, foi sujeito à críticas, no sentido de que os advogados recebiam baixos valores do Estado, que os serviços prestados não se sujeitavam ou sujeitavam-se dificultosamente a um controle de qualidade, bem como os serviços jurídicos oferecidos eram limitados, não se estendendo, por exemplo, a Tribunais Superiores.

O *judicare* é encontrado no sistema jurídico brasileiro. Em situações que a Defensoria Pública ainda não se encontra habilitada materialmente para se desincumbir do seu mister, tem se verificado comum a nomeação de advogados particulares para exercerem o múnus da assistência judiciária em favor dos necessitados, como o custeio subsequente das verbas honorários pelo Estado³⁷.

Torna-se importante discutir também, o modelo de assistência judiciária *Salaried Staff* que conforme Lima: “É o modelo em vigor no Brasil. Consiste na remuneração de agentes públicos pelo Estado para realizarem assistência judiciária gratuita”³⁸. Esse modelo pode ser exercido de dois diferentes modos: por instituições estatais, com a contratação de advogados pelo Estado, os quais passam a ter vínculo funcional com este, bem como por entidade sem fins lucrativos, as quais são ajudadas financeiramente pelo poder estatal e contratam advogados que criam vínculo com as próprias entidades.

Por fim, o modelo combinado ou híbrido se caracteriza pela adoção em conjunto dos modelos anteriormente mencionados, de modo que um supre a limitação do outro e ao mesmo tempo se completam. Cappelletti e Garthy registram:

Este modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os proble-

³⁴ BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**, 2013, p. 65.

³⁵ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 55.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, 1988, p. 32.

³⁷ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 57.

³⁸ *Ibid.*

mas dos pobres. Dessa forma tanto as pessoas menos favorecidas, quanto os pobres como grupo, podem ser beneficiados.³⁹

A Suécia e a Província Canadense de Quebec foram as pioneiras em oferecer aos indivíduos a oportunidade de escolha entre advogados particulares e advogados servidores públicos.

2.2 O prazo em dobro para a Defensoria Pública

No que concerne às prerrogativas, destaca-se:

Antes de privilégios pessoais, as prerrogativas expressam “direitos exclusivos” constituídos com a finalidade de que a função pública realizada pelos agentes possa ser cumprida da melhor maneira. Elas não existem para servir ao ocupante do cargo, mas, sim, para que ele esteja munido de um aparato ideal para desempenhar as funções que lhe foram cometidas.⁴⁰

A prerrogativa do prazo em dobro atribuída à Defensoria Pública assume papel fundamental na prestação de serviços de assistência jurídica à população. Contudo, destaca-se que no Código de Processo Civil de 1973 o prazo diferenciado era somente atribuído ao Ministério Público e à Fazenda Pública. Com advento do CPC/15, os prazos foram unificados para a Defensoria Pública, Ministério Público, advogados públicos e litisconsortes com advogados distintos.

Nas palavras de Lima:

A prerrogativa de contagem dos prazos em dobro é elemento de vital importância para a prestação idônea e profícua do serviço de assistência jurídica integral e gratuita. Ao lado da garantia de intimação pessoal por remessa dos autos, o prazo duplicado se constitui no arcabouço fundamental para a atuação jurídico-processual da Defensoria Pública.⁴¹

Verifica-se que o prazo em dobro atribuído às Defensorias Públicas possui previsão no artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 (acrescentado pela lei 7.781/89), bem como na Lei Complementar 80/94. Nesta última, a abordagem do prazo em dobro é tratado de modo mais abrangente. No âmbito da Defensoria Pública, a prerrogativa em questão é concedida em todas as instâncias judiciais e “[...] se restringe aos prazos processuais, ou seja, àqueles que podem ensejar o efeito jurídico conhecido como preclusão. Não engloba, por conseguinte, os prazos prescricionais e decadenciais”.⁴²

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, 1988, p. 44.

⁴⁰ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 297.

⁴¹ *Ibid.*, p. 334.

⁴² *Ibid.*, p. 336.

Conforme artigo 5º, §5º da Lei 1.060/50:

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

Consoante artigo 128, inciso I e artigo 44, inciso I da Lei Complementar 80/94, respectivamente:

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

I - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contandose-lhe em dobro todos os prazos.

No que se refere à seara recursal do processo penal, sabe-se que a tempestividade é requisito indispensável para a admissibilidade do recurso, o qual interposto fora do prazo disposto em lei não é conhecido e sequer apreciado. Aury Lopes Jr. aduz:

Os prazos recursais são fatais e peremptórios, sendo sua contagem regida pelo art. 798 do CPP. Em se tratando de sentença, a regra é que sejam intimados o réu e seu defensor, contando-se o prazo da última intimação, ou seja, da data em que o oficial de justiça assim certificar ter realizado o ato. É importante destacar que, no processo penal, os prazos contam-se a partir da realização da intimação, e não da juntada aos autos do respectivo mandado (como ocorre no processo civil).⁴³

O artigo 798, *caput*, do CPP, por sua vez, assevera:

Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

Verifica-se que a prerrogativa em comento assume destaque no âmbito processual penal:

Tampouco podemos esquecer que os membros da Defensoria Pública dos Estados possuem a (importante) prerrogativa de serem pessoalmente intimados de todos os atos do processo, inclusive no segundo grau, concedendo-lhes em dobro todos os prazos, incluindo os recursais. Trata-se de medida salutar e imprescindível para assegu-

⁴³ LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**, 2016, p. 524.

rar a ampla defesa daqueles que, além de serem clientes preferenciais do sistema penal (seletivo por excelência), não possuem condições econômicas para arcar com os custos de um defensor privado. Nos recursos de apelação e em sentido estrito, em que se concede um prazo para interposição e outro para apresentação das razões, a melhor leitura do dispositivo suprarreferido é aquela que concede o dobro do prazo em ambos os atos, ou seja, 10 dias para interposição e 16 dias para razões, no caso da apelação, e 10 dias para interposição e 4 dias para apresentação das razões no caso do recurso em sentido estrito.⁴⁴

Alves explica: “Tal concessão de prazo independe de qualquer requerimento, eis que se trata de norma cogente, gerando o dever da sua observância, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria”.⁴⁵ Vale mencionar ainda que, a razão da existência do prazo em dobro para Defensoria Pública estaria insculpida na grande quantidade de trabalho do órgão, na deficiência estrutural do serviço de assistência jurídica gratuita e no princípio da indeclinabilidade das causas.

No primeiro caso, registra-se que o volume de trabalho do Defensor Público é significativamente superior ao de qualquer advogado particular, de modo que a prerrogativa do prazo em dobro surge como um meio de proporcionar uma prestação eficiente do serviço assistencial jurídico. Além disso, vale mencionar que a prerrogativa em comento procura equilibrar os eventuais prejuízos ocasionados pela numerosa quantidade de causas conferidas ao Defensor Público.

No segundo caso, dá-se atenção à assistência jurídica gratuita, que nem sempre dispôs de um aparato adequado para dar suporte aos hipossuficientes e ainda se mostra com uma estrutura deficitária para fornecer amparo efetivo às demandas de toda população necessitada. Evidencia-se que os recursos estatais concedidos à Defensoria Pública nem sempre atenderam a real necessidade da demanda, apesar de terem tido melhorias nos últimos anos. O prazo em dobro, nesse sentido, procura também equilibrar o ônus proveniente da deficiência estrutural do serviço de assistência jurídica gratuita.

[...] os pobres, em nosso país, nem sempre têm acesso condigno à Justiça. Os recursos são insuficientes. Nada obstante o enorme esforço dos Defensores Públicos, o patrocínio gratuito, por falta de estrutura mesmo, muito longe se encontra de ser satisfatório.⁴⁶

O princípio da indeclinabilidade das causas, no presente contexto, trata-se da impossibilidade do Defensor Público se abster de prestar serviço à causa apresentada por um hipossuficiente, frente à sobrecarga de trabalho. A apreciação das pretensões dos mais necessitados, na Defensoria Pública, diferentemente do que ocorre com os advogados particulares e demais entidades jurídico-assistenciais, são intransferíveis e indeclináveis, o

⁴⁴ *Ibid.*, p. 524-525.

⁴⁵ MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca; MONTEZUMA, Talita de Fátima Pereira Furtado; ALVES, Vinicius (Coord.). **Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares: Novos Caminhos Traçados na Concretização do Direito de Acesso à Justiça**. [E-book], 2017, p. 654.

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 1440.

que dificulta, em muitas situações, a prestação de um serviço rápido e eficiente. Mais uma vez o prazo em dobro incide para amenizar os eventuais prejuízos causados.

Nos ensinamentos de Lima:

Com efeito, a prerrogativa foi concebida para que a Defensoria Pública pudesse exercer as suas funções com maior desenvoltura, não só pelo fato de que não pode escolher ou limitar as suas funções, mas principalmente porque tem como objetivo assistir a um número elevadíssimo de pessoas. Se o prazo em dobro não existisse, os assistidos dificilmente poderiam ser protegidos satisfatoriamente pela Defensoria Pública. A duplicação dos prazos, portanto, se constitui, antes de tudo, em um benefício conferido para permitir a defesa eficaz daqueles que são amparados pela Defensoria Pública.⁴⁷

Duas importantes considerações a serem feitas se trata da prerrogativa do prazo em dobro conferida aos núcleos de prática jurídica das faculdades de Direito e às entidades de cunho jurídico assistencial, bem como de o referido prazo ser contado em dias úteis e não mais corridos, com o advento do CPC/15. Salienta-se ainda que “As prerrogativas instituídas na Lei 1.060/50 e, posteriormente, pela Lei Complementar 80/94, somente contemplam a Defensoria Pública e o órgão estatal que desempenha o serviço de assistência judiciária (em regra, a procuradoria do Estado)”⁴⁸.

Conforme artigo 186, §3º do CPC/15:

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§3º O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.

Torna-se válido esclarecer que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os núcleos de prática jurídica que gozam da prerrogativa do prazo em dobro são aqueles mantidos pelo Estado:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA. UNIVERSIDADE PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, interpretando art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, para ter direito ao prazo em dobro, o advogado da parte deve integrar serviço de assistência judiciária organizado e mantido pelo Estado, o que é a hipótese dos autos, tendo em vista que os recorrentes estão representados por membro de núcleo de prática jurídica de entidade pública de ensino superior. 2. Recurso especial provido para que seja garantido à entidade patrocinadora da presente causa o benefício do

⁴⁷ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 336.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 305.

prazo em dobro previsto no art. 5º, §5º, da Lei 1.060/50.⁴⁹

Conclui-se, assim, que a Lei 1.060/50, mesmo com alguns de seus artigos revogados, assume papel essencial no ordenamento jurídico brasileiro juntamente com o CPC/15 no que se refere à assistência judiciária gratuita. Verifica-se que os modelos de assistência judiciária gratuita evoluíram com o decurso do tempo e que a CRFB/88 ampliou os serviços jurídicos prestados aos hipossuficientes ao utilizar o termo assistência jurídica gratuita em vez de assistência judiciária gratuita. Compreende-se também que a prerrogativa do prazo em dobro é de fundamental importância para a Defensoria Pública, uma vez que contribui para prestação de serviços rápidos e eficientes e permite o acesso efetivo à justiça por parte dos mais necessitados. Nota-se que a existência de deficiências estruturais na Defensoria Pública, a escassez de recursos oferecidos pelo estado aos serviços de assistência jurídica, bem como o excesso de trabalho da instituição, fazem com que o prazo em dobro permita o equilíbrio da defesa das partes nas causas que envolvam os interesses dos hipossuficientes.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA

O controle de constitucionalidade é o meio hábil para garantir a supremacia de uma Constituição, de modo que nos países que a atribuem supra legalidade, permite-se um exame de compatibilidade de leis e atos normativos tanto em sentido material quanto em sentido formal em relação à já referida Constituição.

No que se refere à origem do controle de constitucionalidade, Ferreira Filho assevera que:

O controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê expressamente. Todavia, pôde Marshall, em decisão célebre, deduzir de seu sistema esse controle e reconhecer pertencer ele ao Judiciário, incumbindo de aplicar a lei contenciosamente. No caso *Marbury versus Madison*, esse juiz demonstrou que, se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que as contradissessem não eram verdadeiramente leis, não eram direito. Assim essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares. Demonstrou mais que, cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar da constitucionalidade de uma lei. De fato, se duas leis entrarem em conflito, deve o juiz decidir qual aplicará. Ora, se uma lei entrar em conflito com a Constituição é ao juiz que cabe decidir se aplicará a lei, violando a Constituição, ou, como é lógico, se aplicará a Constituição, recusando a lei.⁵⁰

⁴⁹ REsp 1106213/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 1989, p. 30.

Fernandes considera quatro pressupostos do clássico controle de constitucionalidade: a existência de uma Constituição formal e rígida, o entendimento da Constituição como uma norma jurídica fundamental (confere fundamento de validade para o restante do ordenamento), a existência de, pelo menos, um órgão dotado de competência para a realização da atividade de controle e uma sanção para a conduta (positiva ou negativa) realizada contra (em desconformidade) a Constituição.⁵¹

A depender do ordenamento constitucional pode haver o controle de constitucionalidade judicial, político ou misto. A atribuição de competência ao Poder Judiciário para declarar inconstitucionalidade das leis é característica do sistema judicial. Já a atribuição da mencionada competência a órgão que não seja parte do Poder Judiciário representa o sistema político. Nesse mesmo contexto têm-se o controle misto de constitucionalidade que é a fiscalização da validade de determinadas leis outorgadas a órgão político e outras a órgãos que integram o Poder Judiciário.

Pertinente se faz mencionar os dois modelos de controle judicial de constitucionalidade: o controle difuso, de origem americana e o controle concentrado, que se desenvolveu inicialmente na Áustria sob influência do jurista Hans Kelsen.

Ocorre o controle difuso (ou aberto) quando a competência para fiscalizar a validade das leis é outorgada a todos os componentes do Poder Judiciário, vale dizer, qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, poderá declarar a inconstitucionalidade das leis.⁵²

Temos o sistema concentrado (ou reservado) quando a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada somente a um órgão de natureza jurisdicional (ou, excepcionalmente, a um número limitado de órgãos). Esse órgão poderá exercer, simultaneamente, as atribuições de jurisdição e de controle de constitucionalidade das leis, ou, então, exclusivamente esta última tarefa.⁵³

Relevante se torna fazer referência aos mecanismos do controle concentrado de constitucionalidade que de acordo com Bulos são “instrumentos jurídicos, previstos na carta magna e nas leis, que permitem ao Supremo Tribunal Federal realizar a defesa abstrata da constituição”.⁵⁴ Menciona-se que no plano estadual cabe ao Tribunal de Justiça de cada estado decidir sobre as representações de inconstitucionalidade das leis locais em face da Constituição Estadual.

Nesse sentido, o controle concentrado, também denominado de abstrato, em face da Constituição Federal, se configura por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI genérica), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade

⁵¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 2017, p. 1408.

⁵² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**, 2017, p. 740.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 238.

Interventiva (ADI interventiva).

Destaca-se que o controle de constitucionalidade pode ser exercido prévia ou repressivamente. O controle preventivo incide sobre a norma ainda não concluída, em processo de formação e possui como clara demonstração o controle sobre os projetos de lei exercidos pelas comissões de constituição e justiça. Por sua vez, o controle repressivo sobrevém em face de leis e atos normativos já concluídos e possui como exemplo a hipótese de delegação legislativa na qual o Congresso Nacional tem poderes para sustar atos exorbitantes do Presidente da República.

A via de impugnação das normas inconstitucionais trata-se do modo com o qual o judiciário fará a fiscalização da lei ou ato normativo com validade questionada. Essas vias podem ser incidentais ou principais. Na via incidental, busca-se, no contexto de um caso concreto, a realização de um direito subjetivo por meio da declaração da inconstitucionalidade de uma lei. Na via principal, de forma diversa, por meio de uma ação judicial específica, o que se quer objetivamente é a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, sem se considerar algum caso concreto.

No tocante ao Brasil “[...] existe uma fiscalização político-preventiva de constitucionalidade das leis e atos normativos, da mesma forma que há um controle repressivo jurisdicional”.⁵⁵ Tavares aponta que “A História Constitucional brasileira, que teve início com a Constituição do Império, datada de 1824, não conheceu, em sua origem, qualquer controle judicial da constitucionalidade.”⁵⁶

Nesse sentido, verifica-se que foi com a Constituição de 1891 que o controle de constitucionalidade ganhou sua primeira previsão em plano supralegal. Ressalta-se que no plano infraconstitucional já existia o Decreto nº1 de 1889, mais conhecido como Constituição Provisória. O referido decreto atribuía competência ao Supremo Tribunal Federal para exercer o já mencionado controle nos casos em que leis e atos do governo fossem contrários às previsões da Constituição Federal ou Lei Federal e os Tribunais do Estado considerassem válidas as referidas leis ou os atos.

A Constituição de 1934 apresentou uma série de inovações no que se refere ao controle de constitucionalidade. Passou-se a prever, por exemplo, a ação direta interventiva, a competência do Senado Federal para suspender leis e atos declarados inconstitucionais pelo Tribunal e o quórum especial de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos por tribunais. Vale lembrar que o controle difuso de constitucionalidade só veio a ser implementado em 1926.

Na Constituição de 1937 a inovação surgida foi o processo de reconstitucionalização, por meio do qual o Presidente da República teria poderes de submeter ao Parlamento uma lei já declarada inconstitucional pelo poder Judiciário, e com o quórum de aprovação necessário obtido no Parlamento, torná-la constitucional. A Constituição de 1946, por sua vez, com a Emenda n. 16, de 1965, previu a representação de constitucionalidade para inaplicação da lei e legitimou somente o Procurador-Geral da República para propositura de tal ação.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 201.

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 2012, p. 303.

Ressalta-se ainda, que nos ensinamentos de Tavares:

Com a Emenda Constitucional n.7, de 1977, apresentada à Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.1, de 1969, passou a ser possível apresentar a representação com o intuito de obter a interpretação da lei ou do ato normativo, federal ou estadual.⁵⁷

Destaca-se que o Brasil alcançou o *status* de modelo fecundo de controle de constitucionalidade:

Foi paulatina a evolução do modelo brasileiro do controle de constitucionalidade. Do dogma da soberania do Parlamento, cristalizado na Carta Imperial de 1824, que não admitia a mais incipiente forma de controle judicial, à adoção de instrumentos avançadíssimos de fiscalização concentrada de constitucionalidade pelo Texto Maior de 1988, o que se constata é a ascendência da matéria entre nós.⁵⁸

Importante se faz abordar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, bem como no controle concentrado. Tem-se que no primeiro caso os efeitos são retroativos (*ex tunc*), vinculantes entre as partes (*inter partes*), prospectivos (*a posteriori*) e gerais (*erga omnes* nos casos em que o Senado entende pela suspensão da lei declarada inconstitucional). Já no segundo caso, os efeitos se apresentam como gerais (*erga omnes*), repletórios, retroativos (*ex tunc*), prospectivos (*a posteriori*) e vinculantes (vinculatórios).

Na conjuntura do controle de constitucionalidade é imperioso discutir a inconstitucionalidade, bem como algumas de suas espécies. Basilar para as posteriores explicações é a elucidação do conceito de inconstitucionalidade:

Inconstitucional é, pois, a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte, a Constituição. Se a lei ordinária, a lei complementar, o estatuto privado, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformarem com a Constituição, não devem produzir efeitos. Ao contrário, devem ser fulminados, por inconstitucionais, com base no princípio da supremacia constitucional.⁵⁹

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.⁶⁰

Convém trazer à tona, deste modo, as definições de inconstitucionalidades por ação e por omissão. A primeira “ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que

⁵⁷ *Ibid.*, p. 301.

⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 201.

⁵⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**, 2017, p. 727.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2014, p. 49.

contrariem normas ou princípios da constituição”⁶¹. Já a segunda “verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”⁶².

A inconstitucionalidade progressiva surge com a conduta omissiva do legislador na regulamentação de um dispositivo constitucional. Fala-se, neste caso, da constitucionalidade em transição para a inconstitucionalidade, questão intimamente relacionada às situações constitucionais imperfeitas. Nas palavras de Bulos “*Situação constitucional imperfeita é o estágio provisório de constitucionalidade, no qual o ato legislativo está passando por progressivo processo de inconstitucionalização*”⁶³.

Há outras hipóteses em que se questiona norma que, diante da situação concreta em que deve ser aplicada, afigura-se constitucional, mas que, diante da evolução dos fatos, tornar-se-á inconstitucional. Na presente hipótese a norma é constitucional, embora a transformação dos fatos a situe na dimensão da inconstitucionalidade. Em outras palavras, os fatos ainda caracterizam a norma como constitucional, embora esteja ela em trânsito para a inconstitucionalidade.⁶⁴

Tavares aduz que a inconstitucionalidade progressiva “na realidade, trata-se de decisão que afasta a inconstitucionalidade reconhecendo a constitucionalidade da norma, à qual se soma uma espécie de ‘advertência judicial’”⁶⁵. Já Fernandes assevera que inconstitucionalidade progressiva, também denominada de Lei ainda constitucional:

É a possibilidade do STF declarar a constitucionalidade de uma lei, mas afirmar que a mesma está em vias de se tornar inconstitucional. Ou seja, a lei é constitucional, mas caminha progressivamente para a inconstitucionalidade. Esse tipo de declaração também é chamado de inconstitucionalidade progressiva. Também podemos chamá-la de apelo ao legislador (conforme perspectiva desenvolvida na Alemanha). É o apelo ao legislador porque o STF estará alertando o legislador, ou os Poderes Públicos como um todo, para que tomem uma outra postura para que a lei não se torne inconstitucional.⁶⁶

Nesse contexto, uma norma considerada constitucional pode “caminhar” para a inconstitucionalidade com a alteração da realidade fática, dos valores e da própria compreensão geral do direito. Sendo assim, em um determinado momento, uma norma poderá ser declarada inconstitucional enquanto em um contexto fático distinto poderá ser considerada constitucional. O decurso do tempo admite uma inconstitucionalização da norma.

Pode-se estabelecer uma comparação entre a inconstitucionalidade progressiva e a técnica

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 163.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 2012, p. 1877.

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 2012, p. 298.

⁶⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 2017, p. 1572-1573.

da sinalização utilizada nos Estados Unidos:

É possível supor que a decisão que adverte ser a norma “ainda constitucional” aproxima-se, em certo aspecto, da técnica da sinalização, utilizada no direito estadunidense quando há de se preservar o precedente reconhecido como equivocado em nome da tutela da confiança justificada nele depositada. Mediante esta técnica, sinaliza-se para a provável revogação do precedente no próximo caso similar a ser apreciado pelo Tribunal, dando-se ciência ao corpo dos advogados de que o precedente se encontra desgastado, desprovido de força e autoridade, não merecendo confiança da classe profissional nem dos litigantes.⁶⁷

Lenza destaca que “a técnica da ‘lei ainda constitucional’, conforme noticiado está consagrada no STF”⁶⁸. Fernandes destaca os casos de ocorrência da inconstitucionalidade progressiva “Como exemplo, temos o HC nº 70.514 (discutiu o prazo em dobro da defensoria pública para recorrer [...])”.⁶⁹ Ademais, Fernandes também registra “Outro exemplo é o do Recurso Extraordinário nº 147.776 (discussão sobre o art. 68 do CPP-que diz respeito à defesa de hipossuficientes pelo Ministério Público)”.⁷⁰

A inconstitucionalidade progressiva é técnica veemente utilizada na Alemanha, mesmo não tendo respaldo legal, sendo denominada de *Appellentscheidungen*. Tavares aduz que “Em muitas situações concretas, o Tribunal alemão utilizou-se da técnica como forma encontrada para deixar de declarar a inconstitucionalidade, evitando o desmantelamento de uma situação já consolidada ou para evitar consequências danosas”.⁷¹

Por fim, constata-se que o meio para se declarar a inconstitucionalidade de uma lei e de alterar o texto constitucional é possível pelo controle de constitucionalidade. Trata-se de meio capaz de harmonizar as normas infralegais de um país dotado de Constituição formal e rígida. O Brasil, com o decurso do tempo, veio a desenvolver o seu modelo de controle de constitucionalidade, dispondo-se, atualmente, de instrumentos evoluídos para compatibilizar leis e atos normativos com o texto da Constituição. Nessa conjuntura, percebe-se que a inconstitucionalidade progressiva ou lei ainda constitucional é importante técnica utilizada no Supremo Tribunal Federal e que já vinha sendo amplamente aplicada na Alemanha. Por meio da inconstitucionalidade progressiva verifica-se que a Constituição não é imutável e que evolui de acordo com os acontecimentos da vida.

4. A (IN)COMPATIBILIDADE DO PRAZO EM DOBRO COM A

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 2012, p. 1879-1880.

⁶⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**, 2017, p. 334.

⁶⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 2017, p. 1573.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 2012, p. 299.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A prerrogativa do prazo em dobro para Defensoria Pública foi matéria discutida no Supremo Tribunal Federal em sede do HC 70.514 de 23/03/1994. A questão se pautou, especificamente, na constitucionalidade do prazo em dobro para Defensoria Pública recorrer no processo penal. Discutiu-se se o artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50, acrescentado pelo artigo 1º da Lei 7.871/89, seria constitucional, tendo em vista que o Ministério Público não goza da mesma prerrogativa.

Lima, ao tratar do prazo em dobro conferido à Defensoria Pública, pontua que: “[...] a prerrogativa, especialmente nos prazos processuais penais, é vista com um olhar mais delicado, uma vez que ela não conta com a mesma simpatia que vigora com relação à intimação pessoal”.⁷² Destaca-se que a discussão não abrange o processo civil, mas trata tão somente o prazo em dobro para a Defensoria Pública recorrer no processo penal, uma vez que no processo civil o Ministério Público e a Fazenda Pública também gozam da prerrogativa, conforme disposto no CPC/15.

No que diz respeito à seara processual penal, salienta-se que a tempestividade é requisito objetivo para admissibilidade de um recurso, o qual não interposto no prazo previsto em lei, sujeita-se à preclusão temporal. Faz-se necessário registrar, nesse sentido, o marco inicial para a contagem deste prazo, requisito indispensável para se aferir a tempestividade. À luz parágrafo 5º, artigo 789 do CPP:

Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

§ 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão:

- a) da intimação;
- b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;
- c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho.

É pertinente destacar que a defesa do acusado é legitimada a interpor recurso independentemente da vontade deste, da mesma forma que o acusado pode recorrer sem necessidade de interveniência de um profissional da advocacia, devendo a intimação da sentença ser feita a ambos interessados. Conforme artigo 577 do CPP:

Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

⁷² LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**, 2012, p. 334.

Observa-se que os argumentos acerca da constitucionalidade do artigo 5º, §5º, da Lei 1060/50 se fundamentam na deficiência estrutural da Defensoria Pública em oferecer um serviço de assistência jurídica eficiente, em nível de Ministério Público, que ao tratar de estrutura, dispõe de um mecanismo jurídico muito mais organizado. Por outro lado, justifica-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal em discussão por causa da divergência de tratamentos atribuído à acusação e à defesa, no sentido de que “O devido processo legal, pelo viés do princípio da isonomia, sofreria ofensa com o tratamento desigual conferido às partes”.⁷³

O Ministro Moreira Alves fez um importante esclarecimento acerca da controvérsia entre a Defensoria Pública e o Ministério Público, pautada no artigo 5º, §5º, da Lei 1060/50:

[...] o confronto se faz entre a multiplicidade de atuação do Ministério Público em ação penal e a atuação, em menor número de feitos penais, da Defensoria Pública, porquanto muitos réus têm advogado constituído. Além disso, o ônus processual do Ministério Público na acusação é maior do que o da defesa, uma vez que, em virtude da presunção de inocência, é aquele que cabe provar a veracidade da acusação. E nem se diga que o interesse da ampla defesa justifica tratamento díspar em favor da Defensoria Pública, porquanto não se pode considerar que o interesse da defesa da sociedade que compete ao Ministério Público tenha valor menor do que o daquele que se situa no âmbito individual.⁷⁴

No que diz respeito às deficiências do Ministério Público, o Ministro Sepúlveda Pertence não deixou de pontuá-las, entretanto, reconheceu que o quadro da Defensoria Pública é muito mais precário. Veja-se trecho do voto: “[...] a Defensoria Pública ainda vive no Brasil um estado rudimentar de quadros e de organização incomparável ao do Ministério Público, malgrado as falhas que subsistem neste”⁷⁵. Já o voto do Ministro Néri da Silveira aduziu que a defesa aos hipossuficientes deve ser analisada de modo diverso da ação de acusação, e fez o seguinte apontamento:

[...] oferecida a denúncia, que já encontra base, de ordinário, no inquérito policial, raramente ela se faz aditada com novas acusações, apenas se reiterando, em juízo, as que já foram apuradas. Difícil é, porém, a defesa de réus humildes, pobres, cujos endereços de familiares, por vezes, não são encontrados ou localizáveis. A defesa consciente e dedicada, para ocorrer, conforme quer a Constituição, é, de ordinário, penosa, sem meios o profissional para produzir as provas, por vezes, existentes, em ordem a demonstrar a inocência do acusado, na maioria dos casos, preso e sem condições pessoais sequer de indicar providências.

O Ministro Marco Aurélio em seu voto destacou:

[...] Indaga-se: essa deficiência de estrutura é suficiente a afastar a

⁷³ *Ibid.*, p. 335.

⁷⁴ STF, HC 70.514, Rel. Sydney Sanches, **Tribunal Pleno**, julgado em 23/03/1994.

⁷⁵ *Ibid.*

igualdade, apanágio do devido processo legal? Pode a Corte simplesmente deixar de levar em conta essa igualdade com base em uma deficiência de um certo serviço a ser prestado pelo Estado, com base na circunstância de o Estado não estar organizado para cumprir o que lhe é imposto pela Carta de 1988? Que critério estamos aqui a utilizar para dar endosso à contagem em dobro, tendo presente a suficiência desse prazo assinado? O que garante que a contagem em dobro equilibre o fato de não se ter a Defensoria Pública devidamente organizada? Creio que dificilmente, dentro dessa ambigüidade maior, dentro desse subjetivismo e em face à experiência, haverá uma Defensoria Pública, em cada unidade da Federação, adequadamente aparelhada.⁷⁶

Nesse sentido, no que diz respeito à necessidade de observância da igualdade das partes assinalada pelo Ministro Marco Aurélio, o Ministro Sepúlveda Pertence pontuou que “a realização efetiva do princípio da igualdade impõe, muitas vezes, admitir o que já se chamou de ‘desigualdade jurídica compensatória de uma desigualdade de fato’⁷⁷. Nesse sentido, torna-se importante também transcrever trechos do voto do Ministro Néri da Silveira, que ressaltou a importância da prestação de assistência jurídica eficiente aos mais necessitados:

Compreendo, pois, que realmente está no espírito da lei assegurar a realização disso que a Constituição quer, ou seja, os pobres, tanto quanto aqueles que têm recursos econômicos possam ser devidamente assistidos no processo. Só assim, haverá tentativa de garantir igualdade de tratamento e não uma defesa simplesmente **pro forma**, como nós, com imensa frequência, lamentável frequência, encontramos nos autos de processos que vêm a nosso exame, em que de fato só não se afirma que o réu não teve defesa, porque se deduzem em meia página algumas linhas à guisa de alegações finais.⁷⁸

Relevante se faz elucidar também o voto do Ministro relator Sidney Sanches:

[...] a inconstitucionalidade do §5º do art. 5º da Lei 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08 de novembro de 1989, não é de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas. Ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público.⁷⁹

Nota-se também que o Ministro Carlos Velloso fez referência à técnica de controle de constitucionalidade utilizado no julgado:

No Tribunal Constitucional alemão há uma técnica de controle de constitucionalidade, que consiste na declaração de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade da norma, que se resolve com aquilo que os alemães denominam de apelo ao legislador. A lei ainda

⁷⁶ *Ibid*

⁷⁷ *Ibid*

⁷⁸ STF, HC 70.514, Rel. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994.

⁷⁹ *Ibid*

não é inconstitucional. Ela caminha, entretanto, para se tornar inconstitucional.⁸⁰

Ressalta-se que, no julgado em comento, apenas o Ministro Marco Aurélio reconheceu a inconstitucionalidade artigo 5º, §5º, da Lei 1060/50, acrescentado pelo artigo 1º da lei 7.871/1989. Os demais Ministros do plenário acompanharam o voto do relator e entenderam pela constitucionalidade do dispositivo legal até que a Defensoria Pública atinja a estrutura do Ministério Público, uma vez que nessa circunstância a divergência de tratamentos representaria ofensa ao princípio do devido processo legal e da igualdade. Para a decisão do julgado foi usada como referência a técnica da Corte Constitucional Alemã, a denominada inconstitucionalidade progressiva.

Constata-se, nesse sentido, que a oponibilidade em face da prerrogativa do prazo em dobro conferido às Defensorias Públicas para recorrerem no processo penal se fundamenta no princípio da isonomia, bem como no princípio devido processo legal. O voto do Ministro Marco Aurélio em sede de HC 70.514 abordou os mencionados princípios:

Senhor Presidente, penso que a igualdade das partes está compreendida pela noção de devido processo legal. Na espécie, é de se constatar que a sistemática do Código de Processo Penal revela a unicidade de prazo, quer se trate da acusação, quer se trate da defesa.⁸¹

A matéria, contudo, foi tratada muito tempo depois na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no qual o Ministro Marco Aurélio, relator, situa uma mudança de entendimento. Conforme voto em sede do HC 120.275 julgado em 15/05/2018:

[...] 2. Entre as causas de pedir reveladas na inicial deste habeas corpus, surge relevância quanto àquela ligada à intempestividade do agravo interno formalizado pelo Ministério Público no recurso especial nº 1.295.775/PR, o qual, provido, implicou a incidência da causa de aumento descrita no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006. O artigo 39 da Lei nº 8.038/1990 estipula o prazo de 5 dias para interposição de agravo em face de decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte. Apenas a Defensoria Pública possui a prerrogativa de ter dobrado o prazo de recurso em matéria criminal, a teor do artigo 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/1950. O benefício legal do prazo em dobro para o Ministério Público foi outorgado somente quanto à atuação nos processos de natureza civil artigo 188 do Código de Processo Civil de 1973, correspondente ao 180 do de 2015. É o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo, no julgamento do recurso extraordinário criminal nº 94.013-8/DF, da relatoria do ministro Néri da Silveira, em 1º de outubro de 1985, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 28 de fevereiro de 1986. O verbete nº 116 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça prevê a contagem do prazo em dobro para a Fazenda Pública e para o Ministério Público somen-

⁸⁰ *Ibid*

⁸¹ *Ibid*

te nas situações em que atuam em favor da Administração Pública.⁸²

No julgamento do HC 120.275 os demais ministros acompanharam o voto do relator. Torna-se válido, deste modo, expor também o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso:

Presidente, eu, cumprimentando a ilustre Defensora Pública da União que esteve na tribuna, também estou concedendo a ordem no habeas corpus originário por entender que o Ministério Público não desfruta de prazo em dobro, com base no Código de Processo Civil, nessa matéria. Essa é uma questão em que não há paridade de armas. A Defensoria Pública tem uma posição mais favorável do que o Ministério Público. Na linha do parecer do Ministério Público, concedo a ordem, acompanhando o voto do Ministro Marco Aurélio nessa parte.⁸³

O Superior Tribunal de Justiça também segue o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

[...] I - O entendimento pacífico desta Corte Superior é no sentido de que o Ministério Público, em matéria penal, não goza da prerrogativa da contagem dos prazos recursais em dobro. II - No caso dos autos, a intimação ocorreu com a entrega do arquivo digital contendo cópia do processo eletrônico em 17/08/2012 e o Agravo Interno foi protocolado somente em 27/08/2012, extrapolando o quinquênio legal, previsto no art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. III - Agravo Regimental não conhecido.⁸⁴

Ressalta-se que ainda há críticas à constitucionalidade, mesmo que temporária do artigo 5º, §5º, da Lei 1060/50. Cruz, ao classificar a situação como de injustificada desigualdade entre as partes, observa que:

[...] a contagem em dobro dos prazos para o defensor público (art. 5º, §5º, da Lei nº 1.060/50 e art. 44, I, da LC nº80/94), o que, segundo entendemos, também não é justificável, a despeito do bom propósito da norma em proteger o efetivo exercício da defesa. Se Ministério Público e Defensoria Pública têm a mesma importância política e ocupam, no plano constitucional, status jurídico-funcional similar, deve merecer igual tratamento no tocante aos prazos processuais.⁸⁵

Nessa esteira, pertinente se faz explanar o princípio do devido processo legal. Destaca-se, antes de tudo, que traçar o conceito do referido princípio não é tarefa fácil, pois como aduz Bulos: “[...] os estudiosos são unânimes em destacar a dificuldade de definir o que seja devido processo legal, sob pena de se restringir a pujança de seu alcance”⁸⁶. De qualquer modo, torna-se importante delinear as principais concepções doutrinárias dessa im-

⁸² STF, HC 120.275, Rel. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 15/05/2018.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ STJ, AgRg nos EREsp 1187916/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 09/12/2013.

⁸⁵ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**, 2013, p. 108.

⁸⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 685.

portante garantia constitucional.

O devido processo legal, para Novellino pauta-se na seguinte ideia: “[...] Para que a privação de direitos ligados à liberdade ou à propriedade seja considerada legítima, exige-se a observância de um determinado processo legalmente estabelecido, cujo pressuposto é uma atividade legislativa moldada por procedimentos justos e adequados”.⁸⁷ Trata-se de um princípio garantidor de outros direitos fundamentais. Segundo Bulos: “Por seu intermédio, a toda pessoa deverá ser concedido o que lhe é devido”.⁸⁸

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da CRFB/88, sob o seguinte texto: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Na perspectiva de Didier Júnior o princípio do devido processo legal: “[...] confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo etc.)”.⁸⁹

Bulos pontua: “A ideia, não a terminologia **devido processo legal**, encontra suas origens no Direito inglês, notadamente na Magna Carta inglesa de 1215, que a rubricou sob o rótulo **lei da terra** (art.39)”.⁹⁰ Contudo, Novellino esclarece onde o princípio em comento ganhou evidência: “Os estudos sobre o **princípio do devido processo legal** têm como ponto de partida a experiência constitucional americana do *due process of Law*, que, por sua vez é reconduzida aos esquemas garantísticos da Magna Carta”.⁹¹

A doutrina estabelece duas acepções para o princípio do devido processo legal: a formal e a substancial. A acepção formal se dirige ao juiz e se refere à necessidade de observar os procedimentos estabelecidos em lei para privar de alguém o seu direito à liberdade e/ou à propriedade. Já a segunda acepção, direcionada ao legislador, se pauta nos preceitos seguidos por ele para elaboração do dispositivo legal, de modo mais preciso, se o legislador observou os princípios fundamentais de justiça para realizar tal ato.

Feito um breve relato sobre o devido processo legal, necessário se faz adentrar ao mérito do princípio da isonomia, também denominado de princípio da igualdade. Antes disso, porém, torna-se pertinente lembrar o voto do Ministro Marco Aurélio – já destacado no tópico acima – em sede do HC 70514, que aponta a constitucionalidade do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 como desobediência ao princípio da igualdade. O artigo 5º, *caput* e inciso I, da CRFB/88, asseveram:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos ter-

⁸⁷ NOVELLINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**, 2017, p. 435.

⁸⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, rev. e atual, 2015, p. 685.

⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**, 2016, p. 63.

⁹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 685.

⁹¹ NOVELLINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**, 2017, p. 426.

mos desta Constituição

Salienta-se que o princípio da isonomia, como consta na CRFB/88, deve ser interpretado na perspectiva formal e material. Faz-se necessária essa interpretação, tendo em vista que apenas o dispositivo legal não é suficiente à efetivação dessa importante garantia. O aspecto formal é justamente o direito à igualdade previsto em lei. Já o aspecto material, também denominado de substancial, trata-se desse direito no plano da realidade, da sua execução da forma como é idealizado no ordenamento jurídico.

Vale mencionar que do princípio da isonomia extrai-se a igualdade processual, que está prevista no artigo 7º do CPC/15. Como apregoa Alvim; Granado; Thamay: “[...] é assegurada às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.⁹² Nota-se que Didier Júnior explica: “É importante, no entanto, registrar que o princípio da igualdade no processo costuma revelar-se com mais clareza nos casos em que se criam regras para tratamento diferenciado”⁹³. Lenza também pontua:

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*), mas principalmente, a **igualdade material**, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.⁹⁴

Conforme artigo 7º do CPC/2015:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Nesse sentido, vislumbra-se que a contagem em dobro dos prazos processuais para a Fazenda Pública, Ministério Público e Defensoria Pública, explicita a incidência da igualdade substancial.

É que nem a Fazenda Pública nem o Ministério Público e a Defensoria Pública dispõem, usualmente, da mesma infraestrutura de que desfrutam os advogados, assim como cuidam de um número muito maior de processos. Além disso, nem sempre é o mesmo membro do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da Fazenda Pública que atua ao longo do processo, o que implica dizer que muitas vezes o promotor, o defensor ou o procurador se depara com um processo novo (para ele), mas já em andamento. Há, pois um desequilíbrio que precisa ser recomposto, e o benefício do prazo foi uma das formas encontradas pelo legislador infraconstitucional para contornar tal situação.⁹⁵

⁹² ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel William. **Processo Constitucional**, 2014, p. 29.

⁹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 2015, p. 97.

⁹⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**, 2017, p. 973.

⁹⁵ ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel William. **Processo Constitucional**, 2014, p. 31.

No caso das Defensorias Públicas, o tratamento díspar atribuído em relação ao Ministério Público, no que se refere ao prazo em dobro para interposição de recurso no âmbito processual penal foi justamente para assegurar a igualdade substancial, tendo em vista sua estrutura não estar equiparada à estrutura do Ministério Público. Verifica-se esta situação em: “[...] Na média nacional, o Ministério Público apresentou uma média de 2,09 membros para cada integrante da carreira da Defensoria Pública Estadual no ano de 2004”.⁹⁶ De acordo com BRASIL:

[...] O texto original da Constituição Federal de 1988 resguardou autonomia somente ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, restando as Defensorias subordinadas às estruturas executivas do Estado. Essa estruturação limita o investimento necessário ao desenvolvimento e ao aprimoramento dos serviços prestados pela Defensoria Pública.⁹⁷

Apesar do posicionamento contrário à inconstitucionalidade progressiva do prazo em dobro para a Defensoria Pública recorrer no processo penal, Cruz assevera:

Conquanto haja excelentes profissionais atuando de forma desprezada e até heróica, a favor dos acusados carentes financeiramente, o que a regra mostra é uma defesa pobre para a parte pobre, sugerindo que pouco mudou desde os tempos em que Ovídio dizia: “*Curia pauperibus clausa est*” (“O tribunal está fechado para os pobres”).⁹⁸

Com julgamento do pleno do Supremo Tribunal Federal em sede do HC 70.514, é possível verificar a constitucionalidade do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50, por ter-se constatado que a divergência de tratamento no que se refere ao prazo em dobro para a Defensoria Pública recorrer no processo penal não estaria violando um desdobramento do devido processo legal, neste caso o princípio da igualdade. Ao contrário, constatou-se que o prazo em dobro nesse contexto assegura a justeza entre defesa dos mais necessitados e a acusação. Pontua-se, contudo, que a constitucionalidade é temporária, pois quando a Defensoria Pública dispuser da mesma estrutura do Ministério Público deverá ser reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50.

Conclui-se, portanto, que a inconstitucionalidade progressiva do artigo 5º, §5º da Lei 1.060/50 é compatível com a CRFB/88, de modo que não viola o princípio da igualdade, viés do devido processo legal. Ao contrário, por não ter a mesma estrutura do Ministério Público, a Defensoria Pública detém a prerrogativa do prazo em dobro para apresentar recurso na seara processual penal como forma de assegurar a igualdade material consubstanciada na CRFB/88. Verifica-se que, ainda nos dias atuais, a Defensoria Pública não alcançou a mesma composição estrutural do Ministério Público e por isso o prazo em dobro continua a assegurar a paridade de armas em um processo no qual integram acusação e defesa dos mais necessitados.

⁹⁶ BRASIL 2006, p.71.

⁹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário (Ed.). **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Mj, 2015.

⁹⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**, 2013, p. 143-144.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prerrogativa do prazo em dobro para a Defensoria Pública interpor recurso na seara processual penal é assunto que ainda provoca divergência de entendimentos, uma vez que o Ministério Público não dispõe da mesma prerrogativa. A decisão do Supremo Tribunal Federal em declarar a inconstitucionalidade progressiva do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 é ainda criticada por estudiosos que consideram a norma inconstitucional por violar o princípio da isonomia.

O resultado da pesquisa permitiu constatar que a existência do prazo em dobro do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 para a Defensoria Pública interpor recurso no âmbito do processo penal deve ser em caráter temporário e na vigência de uma determinada circunstância fática, que quando cessada, ensejará o descabimento desse prazo conferido à instituição.

O presente artigo teve início com a análise do Estado Democrático de Direito. Foi possível perceber que com o decurso do tempo a sociedade se empenhou progressivamente na luta por seus direitos fundamentais, tendo alcançado a aplicação legítima deles. Verificou-se, na sequência que o Estado Democrático de Direito possui a Constituição como norma soberana e que o controle de constitucionalidade é o meio hábil para assegurar essa supremacia. Notou-se também que a inconstitucionalidade progressiva é uma importante técnica de origem alemã que busca resguardar a segurança jurídica. Constatou-se que, por ser um país fecundo em matéria de controle de constitucionalidade, o Brasil faz uso da técnica em comento, que estabelece a constitucionalidade temporária de uma norma até a ocorrência de uma determinada circunstância factual.

Registrou-se que o direito ao acesso à justiça, apesar de ter sido reconhecido em muitos países, não era efetivamente exercido. Somente com as denominadas “ondas” revolucionárias esse direito evoluiu e foi aplicado de maneira eficaz. Contudo, verificou-se também que os litigantes individuais, principalmente os pobres e os titulares de pequenas causas ainda encontram barreiras para eficientemente levarem suas pretensões ao conhecimento do Poder Judiciário e obterem um justo acesso à Justiça. Foi possível constatar que a assistência judiciária gratuita pode ser exercida de diferentes modos e, no caso do Brasil, esse mister incumbe à Defensoria Pública, como prevê a CRFB/88. Esclareceu-se que no Brasil o CPC/15 e a Lei 1.060/50 são os mais importantes dispositivos legais em matéria de assistência judiciária gratuita.

Constatou-se ainda que o prazo em dobro é de suma importância para atuação da Defensoria Pública, uma vez que contribui para a eficiência do serviço prestado aos mais necessitados diante de deficiências estruturais e do grande volume de trabalho da instituição. Elucidou-se ainda que o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade progressiva do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50 e considerou que a referida norma não constitui uma violação ao princípio da igualdade até que a estrutura da Defensoria Pública alcance a do Ministério Público. Por fim, por meio da explanação do princípio do devido processo legal e da sua vertente, o princípio da igualdade, esclai-

receu-se que para se assegurar a igualdade material, necessário se faz, muitas vezes, estabelecer um tratamento distinto às partes processuais. Concluiu-se assim, que o prazo em dobro para a Defensoria Pública recorrer na seara processual penal resguarda o direito de acesso efetivo à justiça e se apresenta, portanto, compatível com a CRFB/88 até que sua estrutura esteja em condições similares à do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel William. **Processo Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 2 de jan. 2020.

_____. **Código de Processo Civil de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 de abr. 2018.

_____. **Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 de abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 de jun. 2018.

_____. **Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 10 de março de 2018, às 10h22min.

_____. **Lei 1.060 de 5 de fevereiro 1950**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 2 de fev. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário (Ed.). **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Mj, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2018.

_____. _____. Secretaria de Reforma do Judiciário (Ed.). **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/estudos/item/83-diagnostico-ministerio-publico-dos-estados.html>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EREsp 1187916/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Terceira Seção, julgado em 27/11/2013, DJe 09/12/2013.** Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201101166962>. REG. Acesso em: 30 jan. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 120.275/PR, Primeira Tura, Rel. Min Marco Aurélio, julgamento em 15/05/2018, Dje n. 191, de 12/09/2018.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315227394&ext=.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 70.514/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min Sidney Sanches, julgamento em 23/03/1994, Dje n. 100, de 27/06/1997.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed., rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita.** 6. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklin Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: http://www.academia.edu/14833866/FRANKLIN_ROGER_-_Princípios_Institucionais_da_Defensoria_2014_. Acesso em: 27 mar. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 524.
- MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca; MONTEZUMA, Talita de Fátima Pereira Furtado; ALVES, Vinicius (Coord.). **Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares: Novos Caminhos Traçados na Concretização do Direito de Acesso à Justiça**. [E-book]. Goiás: Ipdms, 2017. 2 v. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Finalizado_-_Setembro_2017.pdf. Acesso em: 25 mar. 2018.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri (Org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ACESSO À JUSTIÇA, CURADORIA ESPECIAL E CUSTEIO DO PROCESSO VISTOS A PARTIR DO PECULIAR CASO DA (NÃO) CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA AO RÉU CITADO FICTAMENTE

ACCESS TO JUSTICE, SPECIAL CURATOR AND COST OF PROCEEDINGS SEEN FROM THE PECULIAR CASE OF THE (NON) GRANTING LEGAL AID TO THE DEFAULTING DEFENDANT

Suelen Tavares Gil

Membro do grupo de pesquisa "Jurisdição e Democracia: Interface entre a Linguagem e a Filosofia nas Decisões Judiciais", da UFRN. Pesquisadora no projeto de extensão e pesquisa "Casudo JuriLab", da UFRN. Advogada.

suelengil@gmail.com

RESUMO

O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento majoritário de que a gratuidade de justiça não deve ser concedida ao réu citado fictamente e sob curadoria especial, o que implica um obstáculo ao acesso à corte. Este estudo propõe a análise de decisões do STJ. Previamente, são levantadas duas hipóteses para a não concessão do benefício. A primeira seria a impossibilidade legal da concessão do pedido de gratuidade de justiça apresentado pelo curador especial, e a segunda seria o uso de argumento econômico para se evitar despesas ao Judiciário. Da análise das decisões, porém, não são verificadas as hipóteses, e sim a ausência de verdadeira fundamentação.

Palavras-chave: Gratuidade da justiça. Citação ficta. Curadoria especial. Defensoria Pública.

ABSTRACT

The Brazilian Superior Court of Justice (STJ) has a majority opinion that the free legal aid should not be granted to the defaulting defendant under special curatorship, which implies on the access-to-court obstruction. This work purposes the analysis on STJ's decisions. Previously, two hypothesis are raised in order to explain the not granting of the benefit. The first would be the legal impossibility of granting the free legal aid petition presented by the special curatorship, and the second would be the use of economic reasoning towards

the reduction of Judiciary expenses. From the decisions' analysis, however, the hypothesis are not verified, yet the absence of true judgement recital.

Keywords: Free legal aid. Constructive service of process. Special curatorship. Brazilian Public Defender's Office.

Data de submissão: 14/08/2019

Data de aceitação: 18/03/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A CITAÇÃO FICTA E A CURADORIA ESPECIAL 2. A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA AO RÉU CITADO FICTAMENTE SOB CURADORIA ESPECIAL 3. OS CUSTOS PÚBLICOS DO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO 4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O CASO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

“O Processo”¹ pode ser real: ainda que pareça incomum, não raramente pessoas ausentes compõem o polo passivo de processos judiciais, podendo neles intervir no estado em que estiverem.² Embora, para o leigo, a situação possa parecer inimaginável, o jurista sabe que isso é possível por meio do instituto da revelia, o qual, no Código de Processo Civil, abarca também as situações de citação ficta, que são as citações por edital e por hora marcada. Nesses casos, é nomeado um curador especial, papel assumido, geralmente, pelas Defensorias Públicas da União os dos Estados e Distrito Federal.

Perceba-se que nesse caso a curadoria especial difere da representação em juízo daquelas

¹ Referência à obra homônima de Franz Kafka, um romance que narra a trágica história de um sujeito que, ao acordar, é surpreendido com a notícia de que responde a um processo, cujas razões não compreende, agonia que trilha toda a narrativa.

² Artigo 346, parágrafo único, da Lei nº 13.105, de 2015: “O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar”.

pessoas até certo tempo tidas como incapazes,³ ou de pessoas vulneráveis, por diversas razões, pois trata-se de extrema fragilidade processual, ante a ausência do réu, independentemente do motivo, muitas vezes nunca sabido.

Portanto, o presente estudo surge da necessidade de se resolver um problema prático, que tem início porque as Defensorias frequentemente não obtêm sucesso ao requererem os benefícios da justiça gratuita aos réus citados fictamente,⁴ questão agravada pela conhecida alta demanda das Defensorias, a despeito do orçamento limitado, sendo que sequer é devida a condenação ao pagamento de honorários pelos entes que integram.⁵

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem decidindo que a insuficiência econômica do réu revel citado fictamente sob curadoria especial, mesmo a exercida pela Defensoria, não é presumida, entendimento há muito replicado em varas de variadas especialidades e tribunais no país.

Uma das consequências disso, no âmbito do STJ, é a decretação da deserção dos recursos pela ausência de pagamento do preparo, uma custa processual. O assunto recentemente foi tema de uma tímida, mas importante mudança de entendimento, no sentido de prestigiar o acesso à justiça. A temática principal que se coloca, porém, não diz somente respeito à dispensa do preparo recursal, e sim do custeio público da defesa do réu citado fictamente e representado, direta ou indiretamente, pelo aparelho estatal por meio da curadoria especial.

A fim de se analisar empiricamente a questão, inicialmente propõe-se uma breve explicação sobre o instituto da curadoria especial no caso do réu citado fictamente, discutindo-se de que tipo de representação judicial se trata, e quais as funções e defesas que esse papel permite desempenhar.

A segunda parte do estudo discorre sobre duas hipóteses que poderiam justificar o posicionamento do STJ, levantadas ao longo do desenvolvimento: a impossibilidade jurídica do pedido ou, então, a ausência de fundamentação jurídica nas decisões de não concessão

³ O espectro de incapacidade civil foi reduzido a partir das modificações sobre o Código Civil promovidas pela Lei nº 13.146, de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

⁴ É curioso o fato apontado por Péricles Silva acerca de recomendação da Coordenadoria Cível da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, de março de 2018, para que os defensores redigissem a petição que requeria a gratuidade de justiça em nome da Curadoria Especial e não em nome da parte, a fim de facilitar o juízo de admissibilidade dos recursos (Disponível em: <http://pec.defensoria.rj.def.br/exibir/noticia/5658-Coordenadoria-civel->. Acesso em: 8 nov. 2019). SILVA, Péricles Batista da. Defensoria Pública e curadoria especial no Superior Tribunal de Justiça: a obrigatoriedade de recolhimento das custas de preparo como requisito de admissibilidade do recurso especial. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, v. 1, n. 1, 2019, p. 123-136.

⁵ Tramita atualmente do STF o Recurso Extraordinário nº 1140005, originário do Rio de Janeiro e sob relatoria do Min. Roberto Barroso, em que se discute a possibilidade de pagamento de honorários sucumbenciais às Defensorias Públicas pelos entes que integram, já tendo a Procuradoria Geral da União se manifestado em contrário à hipótese, na linha do que assentou o STJ pela Súmula nº 421: “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”. Isso porque, em resumo, haveria confusão entre credor e devedor de honorários. De outro lado, quem defende o pagamento dos honorários encontra fundamento nas Emendas à Constituição de nº 74/2013 e nº 80/2014, sob o escopo de garantir a autonomia financeira, institucional e administrativa das Defensorias.

no âmbito do STJ. Pretende-se verificar se pelo menos um desses fundamentos é presente nos julgados que exigem o preparo recursal.

A terceira parte da análise recairá sobre o custeio público do processo, em especial no caso da curadoria especial exercida pela Defensoria Pública. Por não terem sido localizados dados específicos, optou-se por expor resultados de pesquisas que tratam exclusivamente do custeio dos processos judiciais, a fim de se avaliar possíveis argumentos de racionalidade estritamente econômica.

Ao final, será realizada a verificação da jurisprudência do STJ, pela consulta ao seu banco de dados e análise qualitativa dos julgados, buscando-se o fundamento do posicionamento majoritário pela não concessão do benefício.

Como objetivo geral, assim, pretende-se discutir a situação da representação judicial do réu revel citado fictamente e seu direito de acesso à justiça e, a partir disso, promover uma reflexão sobre o sistema de acesso à justiça e custeio público do processo no Brasil e o papel do Judiciário nesse contexto.

1 A CITAÇÃO FICTA E A CURADORIA ESPECIAL

O réu citado fictamente, de fato, é um estranho no processo. Todavia, suprimir seu acesso à justiça por pressupor-se a má-fé seria parte de uma visão ultrapassada e incompatível com a atual formulação do processo civil brasileiro. Como Calmon de Passos já defendia, ao afirmar que “o revel deixou de ser ausente para se tornar delinquente”,⁶ Daniel Neves elucida que hoje “o réu revel não é um delinquente, mas um mero ausente, não devendo ser punido por nenhuma forma em razão de seu estado de revelia”.⁷

Afinal, são muitas as razões porque o réu é revel e, como conclui novamente Daniel Neves,⁸ nenhuma delas importa. Na atual formatação do processo civil, a revelia não é punição imposta ao réu, de forma que nem sempre os seus efeitos se materializarão, como explica Lucio Delfino,⁹ em respeito ao paradigma do Estado Democrático de Direito, que deve propiciar um:

(...) ambiente no qual o contraditório funciona como garantia de in-

⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. v. III. 2. ed., 1977, p. 447 apud STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.) **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2017, p. 522.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**, 2019, p. 676.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**, 2019, p. 675.

⁹ DELFINO, Lucio. Capítulo VIII: Da revelia. In: STRECK, lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.) **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2017, p.523.

fluência e não surpresa e onde as decisões judiciais também se legitimam por intermédio de uma criteriológica que as mantenham atreladas à legalidade constitucionalizada e à historicidade jurisprudencial.¹⁰

Nessa linha, a revelia tem fundamento na razoável duração do processo e na eficiência, além do contraditório e da ampla defesa, daí que o art. 344 do Código de Processo Civil (CPC) garante que os efeitos da revelia não são aplicáveis a quaisquer casos, pelo que há quem defenda uma visão sistêmica, em que o juiz não é indiferente às particularidades do caso concreto.¹¹

No que toca à análise legal, a citação, nos exatos termos do art. 238 do CPC, é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual. Para Pedro Henrique Nogueira,¹² contudo, a redação é eivada de vício, porque não há uma convocação à relação processual, apenas dá-se a possibilidade de o réu ou o interessado apresentar sua defesa, porque, a partir da citação simplesmente já há a sua integração à demanda.

Na realidade, são antigas as discussões sobre a natureza jurídica da citação, e há em especial uma divergência sobre se se está diante de um requisito de validade ou de existência do processo. Essa questão foi solucionada pelo art. 239 do CPC, que estabelece ser a citação um pressuposto de validade do processo, expressamente.¹³

¹⁰ Quer dizer, o Estado de Direito tem como pressuposto fundamental a legalidade, desde os seus primórdios. Depois, conforme a evolução desse modelo em cada experiência jurídica (formalmente constitucional, ou não), existem outras características que se aderem, questão que pode ser bem analisada em TAMANAHA, Brian Z. **On the rule of law: history, politics, theory**. Cambridge University Press, New York, 2004 e PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002, que demonstram o gradual abandono de uma visão formalista do direito. DELFINO, Lucio. Capítulo VIII: Da revelia. In: STRECK, lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.) **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2017, p. 523.

¹¹ DELFINO, Lucio. Capítulo VIII: Da revelia. In: STRECK, lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.) **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2017, p. 344.

¹² NOGUEIRA, Pedro Henrique. Título II: da comunicação dos atos processuais. In: STRECK, lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.) **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2017, p. 363.

¹³ Esse já era o entendimento da doutrina majoritária, como nota Daniel Neves, que explica por que compreende por equívoco definir a citação como pressuposto de existência: “mesmo antes da citação do réu a relação jurídica processual já existe, ainda que formada exclusivamente entre autor e juiz”, além de que há casos em que há julgamento de mérito antes da citação, como dispõe o art. 332, tratando da hipótese de julgamento liminar improcedente mesmo antes da citação (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**, 11 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 172-173). Da mesma forma, Nogueira (NOGUEIRA, Pedro Henrique. Título II: da comunicação dos atos processuais. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.) **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2017, p. 364) entende estar hoje ociosa a questão, e concorda quanto ao ponto de que a ação existe a partir da propositura, ponto pacífico para Mitidiero, Marinoni e Arenhart, que notam que, na realidade, apenas os efeitos são produzidos contra o réu a partir da citação (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 129).

De acordo com o Código de Processo Civil vigente (art. 246 e incisos), são admitidos cinco meios de citação do réu, que são os correios, a diligência de oficial de justiça¹⁴, o comparecimento do réu em cartório, atendido pelo escrivão (técnico judiciário) ou chefe de secretaria, por edital¹⁵, ou o meio eletrônico, sendo este último uma novidade e de aplicação mais restrita. Da consulta aos arts. 252 a 256 do CPC, é possível notar que o legislador estabeleceu uma sequência de meios para a citação do réu, sendo a citação por edital a última opção.

Neste ponto, é interessante que se saiba que tramita projeto de lei federal que visa a modificar os requisitos para que o réu seja considerado como estando em local ignorado ou incerto, hipótese que, afinal, enseja a citação por edital. Pela proposta, já emendada, as tentativas de localização seriam efetuadas no endereço informado pelo autor em cadastros públicos, à conta do Judiciário.^{16,17}

No entanto, embora aparente ser uma boa solução à celeridade do processo, na realidade, pode apenas criar mais um problema, que é a presunção de ausência dada mais facilmente, a ser elidida exclusivamente por um réu que, até que tome conhecimento do fato, estará sob curadoria especial, geralmente, da Defensoria Pública, que já tem grandes demandas e orçamento limitado, restando ao réu, que eventualmente deixe de estar ausente, apenas tomar o processo no estado em que encontrar.

Existe certa controvérsia entre os autores sobre a natureza jurídica da curadoria especial exercida, em regra, pela Defensoria Pública no caso do réu citado fictivamente, quando assim previr a lei, em especial a Lei Complementar nº 80/1994, art. 4º, XVI.

¹⁴ Quanto à citação por hora certa, vale a consulta aos arts. 252 a 254 do CPC.

¹⁵ Nos termos do CPC:

“Art. 256. A citação por edital será feita:

I - quando desconhecido ou incerto o citando;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;

III - nos casos expressos em lei.

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

§ 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos”.

¹⁶ Projeto de Lei nº 21/2018. Inteiro teor do texto inicial da proposta e trâmite.

¹⁷ A diferença é que atualmente, pela redação do art. 256, parágrafo 3º, não se estabelece de que forma, e quantas vezes, se dará a tentativa de citação por carta ou diligência de oficial de Justiça. O referido projeto busca, portanto, especificar as fontes públicas de informação sobre o réu, a fim de agilizar a citação através da criação de uma presunção mais bem delimitada. Por exemplo, a respeito do pressuposto da citação por edital, comum na execução fiscal, “É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de ser válida a citação editalícia, feita com observância das normas legais respectivas, se a citação pessoal não se torna possível, por não se encontrar o réu no endereço residencial indicado nos autos e não se faz prova idônea do contrário. Precedentes.” (HC 96.540, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-5-2009, Primeira Turma, DJE de 12-6-2009.) No mesmo sentido: HC 72.235, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-3-1995, Primeira Turma, DJE de 4-12-2009 (STF, 2011, p. 313).

O caso do réu revel citado fictamente demanda maior abstração que outras hipóteses de atuação da Defensoria Pública, pois se trata de representar interesses presumidos, diante de situação de extrema vulnerabilidade processual. Ressalte-se, de início, que a hipótese tratada neste estudo é a de citação ficta de pessoa certa e determinada, excluindo-se também a análise específica sobre as demandas coletivas.¹⁸

Para Fernanda Tartuce,¹⁹ não há de se falar em vulnerabilidade, que é verificada ao se analisar as condições que circundam a vida da pessoa, e sim de fragilidade involuntária, a partir do que o legislador optou por oferecer certo grau de contraditório. Nessa linha, concordam Esteves e Silva,²⁰ que entendem se tratar de diminuição do impacto da citação ficta sobre o direito fundamental ao contraditório. Por seu turno, Carolina Bega²¹ conclui que existe, no caso do réu citado fictamente, a vulnerabilidade processual, sendo a curadoria especial tentativa de tutelar a igualdade processual.

No que concerne à classificação do CPC dos réus citados fictamente como revéis, Esteves e Silva²² lançam luz à matéria quando apontam uma atecnia sobre a redação do art. 72, II, segunda parte, do CPC. Isso porque, para eles, não seria caso de revelia,²³ pois a intervenção de curador especial afasta a produção de efeitos substancial e procedimental da revelia.

De forma aproximada, Wambier e Talamini²⁴ concluem que o efeito principal da revelia,

¹⁸ Como exemplo dado por Pericles Silva, o art. 554, parágrafo único, do CPC prescreve a atuação da Defensoria Pública em ações possessórias nas quais figure no polo passivo um grande número de pessoas (SILVA, Pericles Batista da. *Defensoria Pública e curadoria especial no Superior Tribunal de Justiça: a obrigatoriedade de recolhimento das custas de preparo como requisito de admissibilidade do recurso especial. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 131). O dispositivo prevê a citação pessoal dos demandados que se encontrarem nos imóveis objetos das ações, e a citação por edital dos demais, enquanto que à Defensoria Pública cabe a atuação quando se tratar de pessoas hipossuficientes economicamente. Porém, a redação não deixa claro se a Defensoria atuará quando aparentemente todos, inclusive os citados por edital, forem evidentemente hipossuficientes (é o caso de ocupações irregulares de prédios urbanos, por exemplo), ou apenas daqueles citados pessoalmente. A respeito, contudo, concluem que a curadoria especial não se aplica aos citados fictamente, mas a Defensoria seria legitimada extraordinária a defender o polo passivo coletivo indeterminado (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *A curadoria especial no novo código de processo civil*. In: SOUSA, José Augusto García. *Repercussões do novo CPC: Defensoria Pública*, 2015).

¹⁹ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, 2012, p. 420.

²⁰ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, 2018.

²¹ BEGA, Carolina Brambila. *Curadoria especial – tutela da vulnerabilidade processual: análise da efetividade dessa atuação*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – USP, 2012, p. 40.

²² ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *A curadoria especial no novo código de processo civil*. In: SOUSA, José Augusto García. *Repercussões do novo CPC: Defensoria Pública*, 2015, p. 553.

²³ Quanto à revelia, é resumida por alguns autores como a falta de contestação por parte do réu BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 319). Em resumo, trata da ausência de resposta do réu, qual para Misael Montenegro Filho pode ser interpretada do ponto de vista objetivo (em respeito ao princípio da inatividade), que pode produzir efeitos em relação ao réu, que são: (a) presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados pelo autor; (b) autorização para o julgamento antecipado da lide; (c) fluência de prazos independentemente de intimações, pelo fato de o réu não ter demonstrado interesse pelo processo (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo código de processo civil comentado*, 2016, p. 356).

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol 2. Revista dos Tribunais, 2016.

que é a presunção da veracidade dos fatos expostos na inicial (art. 344 do CPC), não é aplicável no caso do réu citado por edital.²⁵

Enfim, para além dos efeitos distintos da revelia no caso dos réus citados fictamente, também a curadoria especial tem cunho protetivo, a fim de garantir a tutela dos direitos dessas pessoas. Essa função institucional atípica das Defensorias encontra previsão na Lei Complementar nº 80/1994, art. 4º, XVI, e no CPC, art. 72, parágrafo único, cabendo ao Defensor Público, quando tem vistas no processo, determinar se o caso cuida de hipótese que demanda a atuação da Defensoria como curadora especial.²⁶ Logo, não é o órgão judiciário quem define a pertinência da curadoria especial no caso concreto, mas não se olvide que, neste quesito, a hipótese do réu citado fictamente é mais simples.

Portanto, não haverá provimento judicial delimitando os poderes a serem exercidos pela Defensoria, tratando-se de matéria regulada em lei, embora não haja consenso a respeito do tipo de representação exercida nesse caso. A respeito, são apontadas três vertentes que fundamentariam a atuação da Defensoria Pública em geral: a teoria da representação processual, a teoria da substituição processual e a teoria distintiva.²⁷

Segundo a linha que defende a espécie de representação processual, a Defensoria Pública atuaria em nome do curatelado e, portanto, defenderia um interesse alheio. Logo, não figuraria extraordinariamente como parte da relação jurídico-processual, como representante *ad hoc* nomeado pelo juiz, integrando a capacidade processual do representado.²⁸ Contudo, nesse sentido, a Defensoria estaria representando incapazes, quando, na realidade, não é esse o papel que cumpre, porque a impossibilidade de representar certas pessoas em juízo, como as pessoas em privação de liberdade, é ocasional.²⁹

A legitimidade extraordinária, entretanto, seria possível pela teoria da substituição processual, em que alguém postula em nome próprio a fim de defender interesse de outrem. A ressalva feita sobre essa linha é no sentido de que a substituição processual seria forma excepcional de legitimação, ocorrendo somente quando a parte estiver ausente. No caso da curadoria especial, diferentemente, o indivíduo continuaria presente na lide, apenas sem capacidade de estar em juízo sozinho. Logo, a função da curadoria especial seria apenas complementar à *legitimatio in processum*.³⁰

Por fim, a teoria distintiva propõe que a curadoria especial seja analisada conforme cada

²⁵ Existem casos em que a regra do art. 344 não se aplica, como nos processos autônomos de execução, a partir de título executivo extrajudicial e, ademais, nas execuções fiscais, que são regidas subsidiariamente pelo Código de Processo Civil, conforme dita o art. 1º da Lei 6.830/1980, a Lei de Execução Fiscal.

²⁶ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 540.

²⁷ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2018.

²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 2017, p. 371.

²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 2017, p. 371.

³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 2017, p. 371.

hipótese legal em que é prevista. Assim, a representação processual seria exercida em alguns casos apenas, especialmente, quando se tratar de pessoa incapaz. Entretanto, estando o réu ausente ou encarcerado, seria a vez da legitimação extraordinária.³¹

Em geral, contudo, boa parte dos autores entende pela teoria da substituição processual, elencando-se como fundamentos: a) o fato de o direito material não estar à disposição do substituto, a quem cabe a gestão processual; b) a possibilidade de a substituição apenas ocorrer após a formação processual (após citação, no caso de incapacidade superveniente, por exemplo); c) os efeitos da coisa julgada sobre o substituído; d) legitimidade extraordinária não decorrente de hipossuficiência econômica ou incapacidade jurídica, mas de outorga legal para evitar prejuízo jurídico, entre outros, como leciona Carolina Bega.³²

Por ter a função de suprir a incapacidade processual da parte, o curador especial não está autorizado a renunciar direitos, não podendo, portanto, confessar, transacionar, reconhecer pedido da outra parte. Deve, por outro lado, defender o curatelado, postulando pela produção de provas, recorrendo e, inclusive, exercendo a defesa genérica, na forma do art. 341, parágrafo único, do CPC.³³

Como comenta Theodoro Júnior,³⁴ a curadoria especial permite uma faculdade ordinariamente negada ao réu, qual seja, a defesa por negação geral, de modo que cabe ao autor provar suas alegações, mesmo quando não rebatidas especificamente. O benefício conferido pelo art. 341, parágrafo único, do CPC, assim, garante a presunção de veracidade das alegações da parte sob curadoria especial, o que, para Leonardo Greco,³⁵ ainda não retira sua posição de inferioridade, ou melhor, de vulnerabilidade no processo.

A razão das naturais limitações aos instrumentos de defesa e, portanto, da desnecessidade de impugnação específica (visto por outro lado, do benefício da impugnação genérica), seria a falta de contato do curador especial com a parte, de forma que muitas vezes é impossível o conhecimento dos fatos.³⁶ Essa questão de ordem prática, embora pressuposta nesses casos, é o que aparentemente tem moldado a jurisprudência do STJ, conforme será visto adiante.

³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 2017, p. 371.

³² BEGA, Carolina Brambila. **Curadoria especial – tutela da vulnerabilidade processual**: análise da efetividade dessa atuação. Tese (Doutorado em Direito Processual) – USP, 2012.

³³ Nessa linha, por exemplo, na fase de cumprimento ou no processo autônomo de execução, pode o curador especial opor embargos em favor do réu revel citado fictamente, Súmula 196 do STJ), além de pleitear a declaração de extinção do feito por advento da prescrição intercorrente, no caso de execução fiscal, em especial (STJ, AgRg no REsp 783.024;MG. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma. 01.06.2006, DJe 19.06.2006) (BEGA, Carolina Brambila. **Curadoria especial – tutela da vulnerabilidade processual**: análise da efetividade dessa atuação Tese (Doutorado em Direito Processual) – USP, 2012, p. 124-127.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, 2019.

³⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** [Recurso eletrônico], vol. 1, 2015.

³⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Da contestação, p 840. *In*: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas, Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 840.

2 A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA AO RÉU CITADO FICTAMENTE SOB CURADORIA ESPECIAL

O caso do réu revel citado por edital que pede os benefícios da gratuidade de justiça, embora aparentemente raro diante da diversidade de ações em trâmite no Judiciário, no âmbito das Defensorias pode representar a concentração de grandes demandas em poucas unidades,³⁷ considerando-se a vastidão do território brasileiro e a presença das Defensorias em parcela pequena das comarcas.³⁸

Um dos questionamentos que surgem quando se analisa a situação do réu revel citado fictamente é a possibilidade de se conceder a este a justiça gratuita, e se quem exerce sua curadoria especial, afinal, gozaria de legitimidade para requerer nos autos esse benefício processual. A princípio, portanto, seria umas das hipóteses que justificariam a não concessão do benefício.

Essa indagação, embora pareça inócua, tem razão de existir. É que, quanto aos advogados, o art. 105 do CPC prevê que a procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular, não permite que o patrono assine declaração de hipossuficiência econômica. Logo, como deve proceder o curador especial ao pedir à justiça gratuita aos seus representados réus revéis?

Para respondê-lo, é preciso lembrar que os benefícios da justiça gratuita, sem delongas, visam à facilitação do acesso à justiça, e encontram hoje guarida nos arts. 98 a 102 do CPC. O conjunto de requisitos principais para a concessão é ser a parte pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, conforme o *caput* do art. 98.

Além disso, conforme o art. 99, parágrafo 3º, é presumida a alegação de insuficiência (financeira) deduzida por pessoa natural, enquanto que a pessoa jurídica, portanto, deve comprovar a necessidade. Por fim, o *caput* do mesmo artigo prevê que o pedido pode ser formulado na inicial, na contestação e na petição para ingresso de terceiro ou, ainda, em

³⁷ A título de exemplo, a Defensoria Pública do Estado da Bahia conta com oito unidades especializadas em curadoria especial. Informação disponível em: <http://www.defensoria.ba.def.br/estrutura-organizacional/coordenadoria-das-defensorias-publicas-especializadas/curadoria-especial/>. Acesso em: 7 nov. 2019.

³⁸ Em pesquisa divulgada em 2013, o Ipea concluiu que apenas 28% das comarcas eram atendidas pela Defensoria Pública (MOURA; CUSTÓRIO; SILVA; CASTRO. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**, 1 ed. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013, p. 19). A propósito, em 2014 foi publicada a Emenda Constitucional nº 80, que operou a seguinte alteração sobre o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

“Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional”.

Até o momento, contudo, não há dado oficiais publicados acerca da expansão territorial.

recurso. Contudo, vem-se entendendo que, a qualquer momento, desde que sobrevenha a necessidade do benefício, pode ele ser requerido, embora não opere efeitos retroativos.³⁹

Importa notar que a revogação de benefício da gratuidade pode, no futuro, acarretar prejuízos à parte, como alerta Rafael Oliveira,⁴⁰ quando identificada a má-fé (art. 100, parágrafo único do CPC). Nessa linha, parece que a restrição imposta pelo CPC de 2015 é no sentido de resguardar parte e advogado, pois agora este não pode declarar a insuficiência de recursos daquele caso não tenha poderes especiais outorgados.

Finalmente, adentrando-se no questionamento deste tópico, o Defensor Público, de forma distinta do advogado privado, não atua sob outorga de mandato, estabelecendo-se relação público-estatutária, exercendo *munus* público, a partir do que tem atuação diferente daquela dos advogados privados. Por isso vale consultar o conteúdo da Lei Complementar nº 80/1994:

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

(...)

XI - representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais.

Na literatura jurídica, enquanto alguns autores entendem ser imprescindível o mandato com outorga de poderes especiais para a prática de certos atos (art. 105 do CPC), outros compreendem que não necessariamente a anuência do assistido pela Defensoria Pública deverá ser expressa em instrumento de procuração, bastando simples autorização por escrito.⁴¹ De todo modo, essa discussão não é travada em vista da curadoria especial, mas da assistência jurídica comum.

Poder-se-ia concluir, então, que para assinar declaração de hipossuficiência de seu assistido, a Defensoria deveria apresentar instrumento de procuração com a outorga especial, ou pelo menos uma declaração do assistido com autorização específica, não sendo possível, nessa linha, a simples alegação em petição.

Diante disso, atente-se logo ao risco de se cair em uma espiral, pois é evidente que o réu revel não pode assinar qualquer procuração, por simplesmente ter paradeiro desconhecido. Logo, é tautológico afirmar que não se pode contatar o réu revel, pelo que é necessário que se entenda o contexto da tutela legal sobre esses casos.

³⁹ NÚÑEZ, Lucas Pahl Schaan. Uma análise racional do benefício da gratuidade judiciária e dos pressupostos para a sua concessão. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 12, vol 19, n.3, 2018 (set./dez), p. 460-64).

⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça**, p. 320. *In*: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas, Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 320.

⁴¹ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 347, p. 319-322.

Como visto, não se permite a renúncia de direitos na curadoria especial.⁴² De toda maneira, cabe perquirir se a exigência de mandato outorgando poderes especiais (art. 72 do CPC, tendo em vista o art. 128, XI da LC 80/1994) resguarda apenas os casos em que o assistido está presente – e, assim, pode assinar procuração para que tenha certos interesses defendidos em juízo –, ou se a lei observa justamente as circunstâncias em que o indivíduo não está presente, ou seja, se a função pública exercida pela Defensoria Pública seria suficiente a pleitear o benefício.

Em análise das mudanças legislativas, o CPC de 1973 era silente quanto à possibilidade de o curador especial pedir os benefícios da justiça gratuita, apenas prevendo que os dispositivos alumiariam quanto à necessidade da outorga de poderes especiais (art. 38 do Código de Processo Civil revogado).

O acesso gratuito à justiça por sua vez, não era matéria do CPC de 1973, mas da Lei nº 1.060, de 1950, qual conferia certas isenções a partir da assistência judiciária gratuita, em seu art. 2º. O art. 16 dessa Lei, no parágrafo único, entretanto, também demandava a apresentação de mandato aos advogados integrantes de identidade de direito público e incumbido de prestação de assistência judiciária gratuita, quando seus atos demandassem poderes especiais. O CPC de 2015, por seu turno, é claro quando prevê a curatela especial ao réu citado fictamente, no art. 72.

Também não se pode esquecer uma questão importante, ressaltada em outro contexto por Esteves e Silva:

O contrato de mandato deve possuir caráter *intuitu personae*, sendo a procuração outorgada para pessoa certa e determinada. Essa característica legal, entretanto, apresenta absoluta incompatibilidade com o princípio institucional da indivisibilidade (art. 3º da LC nº 80/1994), que permite a atuação sucessiva de diversos Defensores Públicos ao longo do processo.⁴³

Transportando essa observação para o tema deste trabalho, conclui-se que a procuração com outorga de poderes especiais para o réu revel jamais deveria ser exigível, simplesmente por ser algo impossível.

Nessa linha, já foi matéria do informativo jurisprudencial do STJ nº 560, o REsp. 1.431.043/MG, julgado em 2015, em que se assentou o entendimento de que, no processo penal, para a oposição da exceção de suspeição, seria necessária a procuração com poderes especiais, quando a Defensoria atuasse como representante da parte. Todavia, em se tratando de substituição, quando o réu estivesse ausente ou foragido, não seria exigível a procuração.⁴⁴

⁴² Em outras palavras, o curador especial não pode dispor do direito material do réu, pelo que as hipóteses de imprescindibilidade da outorga de poderes especiais, como a confissão (art. 390, parágrafo 1º, CPC), sequer lhe seriam aplicáveis.

⁴³ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 347.

⁴⁴ STJ - REsp 1.431.043/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/4/2015, DJe 27/4/2015 (6ª Turma). Informativo nº 0560 (17 de abril a 3 de maio de 2015).

Essa questão também foi analisada por Péricles Batista da Silva,⁴⁵ que apontou, como solução possível frente à reiterada não concessão dos benefícios da gratuidade de justiça na situação em tela seria, o deferimento do pagamento das custas pelo vencido no final do processo, a teor do art. 91 do CPC de 2015, aplicável aos atos requeridos pela Defensoria Pública. De fato, poderia ser uma alternativa satisfatória na prática, mas o problema em si não é solucionado.

Há, ainda, outro viés a ser analisado. É que talvez o imbróglia da possibilidade de concessão, ou não, da gratuidade de justiça prevista no CPC seja um problema de importância menor frente à conclusão de que basicamente toda a atividade da Defensoria Pública está voltada à proteção de pessoas vulneráveis, o que demandaria a isenção de custas.⁴⁶

A propósito, a Lei nº 9.289/1996, que dispõe sobre as custas devidas à União no âmbito da Justiça Federal, não incluiu a Defensoria Pública como entidade isenta no rol do art. 4º,⁴⁷ resumindo a possibilidade de isenção para a Defensoria no inciso IV, caso autora de processo coletivo.⁴⁸ De toda forma, é possível questionar se a Defensoria seria, ou não, isenta.

Note-se a semelhança da discussão com a polêmica do art. 1.015 do CPC, que trata das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que para alguns é taxativo e, para outros, exemplificativo, ou de taxatividade mitigada, sendo esta a vertente mais inclinada a solucionar os problemas de incongruência entre os dispositivos do Código que surgiram pela redação aparentemente taxativa do referido artigo.⁴⁹

Os autores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, por exemplo, defendem a tese da taxatividade mitigada, entendendo que, para além da interpretação literal, deve-se analisar sistemática e criticamente o dispositivo em relação ao sistema, razão pela qual sustentam a necessidade da interpretação extensiva sobre o artigo e, ademais, consequen-

⁴⁵ SILVA, Péricles Batista da. Defensoria Pública e curadoria especial no Superior Tribunal de Justiça: a obrigatoriedade de recolhimento das custas de preparo como requisito de admissibilidade do recurso especial. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 123/136.123.

⁴⁶ Hoje defende-se, inclusive, a intervenção da Defensoria Pública como “custos vulnerabilis”, uma forma de intervenção que teria por fundamento o art. § 1º do art. 554 do CPC e como objetivo a proteção de indivíduos e coletividades vulneráveis. A tese recentemente foi acolhida pelo STJ, na ocasião do julgamento dos EDcl no REsp. 1.712.163/SP (Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Moura Ribeiro, julgado em 25 set. 2019, DJe 27 set. 2019). Ainda mais recentemente foi publicada a obra “Custos Vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis”, de Edilson Santana, Jorge Bheron e Maurilio Casas Maia.

⁴⁷ Art. 4º São isentos de pagamento de custas:

(...) IV - os autores nas ações populares, nas ações civis públicas e nas ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé. (...).

Consulta à tramitação e inteiro teor do projeto disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=582036>. Acesso em 06 nov. 2019.

⁴⁸ Art. 4º São isentos de pagamento de custas:

(...) IV - os autores nas ações populares, nas ações civis públicas e nas ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé. (...).

⁴⁹ REBELLO, Ana Beatriz F. Questão tratada em PRESGRAVE, **O problema do rol taxativo do 1015: há uma solução no CPC? Pensamos que sim!**, 2017.

cialista, a fim de evitar anomalias no sistema.⁵⁰ Essa veio a ser, inclusive, a tese firmada pelo STJ quando do julgamento dos recursos repetitivos sob o tema de nº 988.⁵¹

Esse exemplo elucidada, assim, a possibilidade de se estender a isenção de custas nos processos da Justiça Federal para a Defensoria Pública, ou então para quem exerça a curadoria especial. Essa alternativa, contudo, demandaria uma atividade talvez excessivamente criativa do juiz, a partir da premissa de que, na realidade, não há completude no Direito,⁵² debate central nas discussões sobre o papel do Judiciário no espaço democrático, afinal.

De outro lado, por todo o exposto acima, é evidente que existe uma dificuldade na legislação brasileira quanto ao exercício da função de curador especial, porque embora tenha o objetivo precípuo de permitir o acesso efetivo à justiça, não é clara a partir da interpretação literal do texto legal a possibilidade da concessão da gratuidade ou, então, da aplicação da isenção de custas (na Justiça Federal), que afinal são prestações positivas estatais que demandam motivação.

Sob outro viés, pela análise do sistema jurídico, é possível não se exigir o pagamento das custas ou do preparo recursal, por contrariar a lógica do sistema estabelecido a partir da Constituição de 1998 (art. 134) e do CPC de 2015, conforme se analisará.

3 OS CUSTOS PÚBLICOS DO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO

Se o acesso à justiça é um direito de todos, é dever do Estado provê-lo. Mas como pode ser garantido, em qualidade, um sistema judiciário gigantesco em quilômetros quadrados e cifras,⁵³ como é o brasileiro? Trata-se de uma questão das mais difíceis, a qual não se pretende responder neste trabalho.

A discussão é certamente ampla, de forma que será preciso reduzi-la para adaptar a matéria ao tema que se propõe. Em suma, para além do orçamento público destinado ao Judiciário (para pagamento de pessoal, manutenção predial, fornecimento de materiais, entre outras despesas), que tem origem na arrecadação de tributos, existem taxas cobradas do jurisdicionado para que este possa, efetivamente, ingressar em juízo. São exemplos dessas exigências o preparo recursal, os honorários pagos ao perito e as custas para uma série de manifestações processuais.

No caso do beneficiário da justiça gratuita, em circunstâncias regulares, será algum ente

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 2017, p. 209-211.

⁵¹ Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 6 nov. 2019.

⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004, p. 122-127 (Trad. Carlos Nelson Coutinho).

⁵³ Ao longo de 2018, os gastos efetivos do Judiciário, excluídas as despesas com gastos de inativos, somaram R\$ 76,8 bilhões, o que representa um gasto de R\$ 368,40 por habitante, segundo relatório do Conselho Nacional de Justiça, que anualmente publica o “Justiça em Números”. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2019.

público o responsável por custear o seu processo. Ou seja, o erário público será onerado, embora por motivo justo, razoável e socialmente necessário, tema a ser suscitado mais adiante.

De toda maneira, como visto a respeito do art. 4º da Lei nº 9.289/96, não há expressa previsão legal de isenção de custas para a Defensoria Pública, que é condicionada à gratuidade da justiça ou à assistência judiciária gratuita, em suma.

Ainda sobre o tema, atualmente tramita o Projeto de Lei nº 5.827/2013,⁵⁴ de autoria do STJ, que visa à atualização dos valores das custas na Justiça Federal. Entre as propostas está a isenção de pagamento de custas pela Defensoria Pública, sem a previsão de situações específicas. A solução parece ser a mais adequada às atuais funções da Defensoria, abarcadas no art. 134 da Constituição Federal, que prevê a assistência desse órgão não só para os economicamente hipossuficientes, mas também para quaisquer necessitados, o que para Silva e Esteves⁵⁵ permite a defesa de sujeitos ou grupos vulneráveis.

Por exemplo, a respeito do custeio da perícia pleiteada por beneficiário da justiça gratuita, resolvendo questão antes apenas regulada pelo Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução nº 127/2011, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe previsão explícita, devendo-se atentar aos parágrafos 3º e 5º do art. 95.⁵⁶

Ou seja, no caso da perícia requerida pelo beneficiário da justiça gratuita, o custeio não será suportado pela Defensoria Pública; e, sim, por recursos do Judiciário ou dos entes federativos. Assim, invariavelmente, a Defensoria Pública não irá custear a perícia, tarefa muitas vezes direcionada ao Judiciário. Eis, portanto, uma hipótese de argumento econômico como entrave à concessão desse benefício.

Os dados de um relatório do Conselho Nacional de Justiça mostram, contudo, que os gastos com a assistência judiciária gratuita equivalem a apenas 1,09% do total das despesas do Poder Judiciário.⁵⁷ Deve-se lembrar que a assistência judiciária gratuita e os benefícios da justiça gratuita são distintos, sendo a última um benefício de natureza processual e tri-

⁵⁴ Consulta à tramitação e inteiro teor do projeto em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=582036>. Acesso em: 6 nov. 2019.

⁵⁵ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 389.

⁵⁶ Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

(...) § 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

(...) § 5º Para fins de aplicação do § 3º, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública.

⁵⁷ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2019.

butária, que garante a gratuidade de algumas despesas concretas, como a remuneração de tradutor ou intérprete, peritos e de advogado dativo, serviços ofertados por profissionais vinculados ao Judiciário.⁵⁸

A assistência judiciária gratuita, por sua vez, tem um grande peso sobre as Defensorias Públicas, que são responsáveis, de fato, pelo atendimento daqueles que necessitam do auxílio estatal para a defesa de seus direitos, judicial ou extrajudicialmente, além de que, não havendo Defensoria na comarca, cabe a nomeação de um advogado dativo, a ser remunerado pelos cofres públicos (art. 22, § 1º, da Lei nº 8.906/1994).⁵⁹ Além disso, o critério da hipossuficiência econômica não é o único adotado pelas Defensorias,⁶⁰ de maneira que sua atuação é bastante abrangente.

No que diz respeito especificamente aos réus citados fictivamente, o levantamento do CNJ⁶¹ não traz informações. De toda maneira, é ônus do autor apresentar os dados do réu, e é difícil imaginar muitas situações, de relações jurídicas privadas, em que a parte passiva seja desconhecida, sendo mais comum que não se saiba o correto endereço do réu.

Contudo, em se tratando de relações com entes públicos ou coletividades, torna-se mais provável a hipótese de desconhecimento do réu ou de sua localização. Um caso comum é a cobrança de anuidades por conselhos profissionais,⁶² perante os quais os inscritos têm o ônus de manter seus dados atualizados (perante o Fisco, em geral). Ocorre que, por desconhecimento ou outras razões, não raramente essas pessoas deixam de atualizar seus cadastros, não efetuam o pagamento das anuidades e se tornam inadimplentes. Então, ocorre a inscrição dos créditos devidos aos conselhos em dívida ativa, a partir do que pode haver a execução fiscal.

O cenário não deve diferir muito em relação ao ano de 2011, quando o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) divulgou os resultados de um detalhado estudo (quantitativo e qualitativo) sobre o custo das execuções fiscais no âmbito da Justiça Federal. Vale citar o que se concluiu da análise dos dados:

Considerando-se as grandes rotinas que compõem o processo de execução fiscal, percebe-se que o cumprimento da etapa de citação constitui imenso gargalo inicial. Apenas 3,5% dos executados apresentam-se voluntariamente ao juízo. Em 47,4% dos processos ocorre

⁵⁸ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 347, p. 162).

⁵⁹ O STJ, no julgamento de recursos repetitivos sob o tema nº 984, firmou a tese de que a remuneração dos advogados dativos não é vinculada às tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB, mas podem ser matéria de acordo entre as Seccionais, o Poder Público e as Defensorias Públicas.

⁶⁰ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2018, p. 347, p. 296.

⁶¹ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2019.

⁶² Os conselhos profissionais são os maiores litigantes nas execuções fiscais depois da União, também segundo o CNJ, em estudo sobre a atuação dos conselhos profissionais na cobrança de dívida ativa, publicado este ano: CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da atuação dos conselhos profissionais na cobrança da dívida ativa**. Brasília: CNJ, 2019.

pelo menos uma tentativa inexitosa de citação, e em 36,9% dos casos não há qualquer citação válida. Como a citação ocorre por edital em 6,4% dos casos, pode-se afirmar que em 43,5% dos executivos fiscais o devedor não é encontrado pelo sistema de justiça.⁶³

Na prática, frustradas as tentativas usuais de citação do devedor, procede-se à publicação do edital de citação e, diante do não comparecimento ou constituição de advogado particular (revelia), é procedida a constituição da curadoria especial, que é uma função institucional da Defensoria Pública. Esta, por sua vez, frequentemente solicita o deferimento dos benefícios da justiça gratuita em nome do devedor, a fim de evitar despesas ao longo do processo. Nem sempre, porém, seu pleito é atendido.

A importância de se compreender a dinâmica do custeio das despesas processuais nesse caso particular lança luz a um debate mais amplo acerca do papel do Estado no custeio do acesso à Justiça, embora essa discussão não possa se alongar nas seguintes linhas.

De início, toda a discussão que se propõe tem como premissa o direito constitucional de acesso à justiça, exposto já no preâmbulo da Constituição de 1988, e no inciso LV do art. 5º, que assegura também a ampla defesa e o contraditório, além de se tratar de requisito para a formulação substantiva de um Estado de Democrático de Direito.⁶⁴

Prosseguindo-se com a discussão, Gabriel Ignacio Marsan⁶⁵ compreende que, embora a manutenção das defensorias públicas seja algo custoso ao Estado, e até mesmo contraditória, na perspectiva de que se exerce uma defesa contra o próprio Estado (representado pela acusação do Ministério Público ou pela coercibilidade do direito aplicado pelo juiz), cabe à Defensoria o papel subjetivo de defesa do acusado e papel objetivo de garantir o processo.

De mais a mais, complementa o autor, também é muito oneroso ao Estado cumprir direitos civis e políticos, bem como garantir liberdades individuais. Mas é necessário tornar esses direitos, inclusive o acesso à justiça, universais, o que está ligado à noção de isonomia, porque o direito à justiça deveria estar acessível a todos.⁶⁶

A reflexão colocada, então, concerne ao custeio dos direitos, tema importante a partir do paradigma do Bem-Estar Social, em que, em linhas muito superficiais, o Estado assumiu a responsabilidade de prover certos direitos às pessoas, mas logo viu-se em dificuldades orçamentárias para tanto, surgindo, então, as discussões sobre os limites da atuação estatal na garantia e promoção de direitos.

Nesse contexto, na teoria social-democrática dos direitos fundamentais, para Leonardo

⁶³ IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**: Relatório de Pesquisa, 2011, p. 58).

⁶⁴ TAMANAHA, Brian Z. **On the rule of law**: history, politics, theory. Cambridge University Press, 2004, p. 91.

⁶⁵ MARSAN, Gabriel Ignacio Anitua. A defensoria pública como garantia de acesso à justiça. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, v. 1, n. 1, 2019, p. 29.

⁶⁶ MARSAN, Gabriel Ignacio Anitua. A defensoria pública como garantia de acesso à justiça. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, v. 1, n. 1, 2019, p. 19-27.

Martins,⁶⁷ existe o problema da sujeição dos direitos à capacidade econômica do Estado, fazendo surgir figuras como a reserva do possível.

Assim, a decisão sobre o uso dos recursos financeiros acaba por ser transferida à discricionariedade legislativa e governamental, situação grave porque:

Essa mutação orgânico-institucional mediante intersecções por vezes ilegítimas nas típicas três funções estatais não vem devidamente acompanhada sequer de uma reengenharia juspublicístico-dogmática, quanto menos da necessária reflexão teórica.⁶⁸

Nota-se, portanto, que o argumento econômico dificilmente será o mais adequado no contexto da proteção de direitos fundamentais. Resta saber, afinal, se foi essa a linha seguida pelo STJ quando do julgamento de recursos interpostos para a defesa de réus fictamente citados sob a curadoria especial.

4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O CASO

Há quem defenda existir presunção de insuficiência econômica para fins da concessão da gratuidade da justiça quando há atuação da Defensoria Pública, mas que a exceção seria precisamente a situação do réu revel, por serem desconhecidas suas condições.⁶⁹

Esse parece ser o entendimento do STJ há anos, mas ultimamente algumas decisões se puseram em outro sentido. Novamente, vale citar o estudo de Péricles Silva, que a partir da divergência jurisprudencial no âmbito do STJ concluiu que “não faz sentido a negativa de flexibilização da letra fria da lei em favor de uma exegese que privilegie o direito fundamental à ampla defesa”. A solução foi proposta, em suma, após análise legislativa a partir da qual o autor aduziu não haver previsão legal para a isenção do réu revel ao pagamento do preparo recursal.⁷⁰

A fim de investigar o histórico jurisprudencial do Superior Tribunal de forma acurada, propõe-se neste estudo a consulta ao banco de dados do referido tribunal, com a adoção de certos parâmetros que permitam uma amostragem satisfatória de julgados, para então se iniciar a análise qualitativa.

Conforme já se alertou na Introdução, a decisão pela seleção de julgados do STJ é motivada pelo fato de ser este o tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência no Brasil, pelo menos desde a vigência do CPC de 2015. Assim, é de se esperar que o entendimento

⁶⁷ MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 2014.

⁶⁸ MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 2014, p. 11.

⁶⁹ ROCHA, Amélia Soares. **Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento**, 2013.

⁷⁰ SILVA, Péricles Batista da. Defensoria Pública e curadoria especial no Superior Tribunal de Justiça: a obrigatoriedade de recolhimento das custas de preparo como requisito de admissibilidade do recurso especial. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, v. 1, n. 1, 2019, p. 131.

do STJ seja replicado nos Tribunais de Justiça e Varas de Justiça Comum, pelo menos.

Perceba-se, ainda, que os julgados selecionados trarão a discussão sobre a concessão, ou não, da gratuidade, ou então da dispensa de apresentação do preparo recursal. Isso não quer dizer que não existam julgados em que o preparo é dispensado. É que o sistema disponibilizado *online* pelo STJ, assim como ocorre em outras cortes, permite somente a busca de palavras-chave na ementa, o resumo do julgado.

Assim, naturalmente, os julgados que resultam da busca a ser descrita a seguir tratam especificamente de casos em que se discute a dispensa do preparo, geralmente em sede de agravo interno, motivado muitas vezes exclusivamente por essa questão.

Em suma, procedeu-se pela inserção de parâmetros de busca distintos, com conjuntos de palavras: a) “defensoria réu revel gratuita”; b) “curador especial revel gratuita”; c) “revelia gratuita curador”; d) “defensoria curadora especial justiça gratuita”.

Antes, foram testados outros conjuntos, entretanto obteve-se um maior número e julgados dessa forma, sem uso de conectivos, após perceber-se que refinariam ainda mais a busca sem, no entanto, realmente selecionar os julgados pertinentes. O lapso temporal da busca não foi delimitado, mas deve-se considerar que as buscas foram feitas até dezembro de 2019,⁷¹ o que significa que os resultados iniciam em um tempo indeterminado, inclusive anterior à vigência do CPC de 2015, até o final de dezembro de 2019. No total, descartados julgados não pertinentes com o assunto, ou os repetidos, teve-se um universo de 28 acórdãos analisados, que permitiram todos a formação de coisa julgada material.⁷²

A fim de simplificar o resultado da seleção dos julgados para a análise qualitativa, propõe-se o quadro abaixo:

⁷¹ Inicialmente, as pesquisas abrangeram julgados até o ano de 2018. Após a aprovação do artigo para publicação, foram replicados os mesmos parâmetros no buscador disponível no banco de julgados do STF, contudo empreendendo todo o ano de 2019, a fim de atualizar o estudo. Dos quatro julgados resultantes, apenas um apresentou pertinência temática. O primeiro tratava da aplicação do CPC de 1973 em caso que não envolvia curadoria especial (AgInt no AREsp 1337216/RJ), o segundo tratou de curadoria especial exercida pela Defensoria Pública da União em prol de “pessoa incapaz” (AgInt no Resp 1751047/RJ), embora na fundamentação haja citação de julgados versando sobre o caso do réu citado fictamente; no terceiro (AgInt 1346190/RJ), o Resp fora interposto pelo autor, ou seja, não se tratou de réu revel pleiteando a gratuidade de justiça nem a dispensa da apresentação do preparo, embora também tenha sido citado trecho de julgado que considerou deserto o recurso apresentado pelo réu revel sob curadoria especial da Defensoria Pública. Por fim, quarto julgado foi o Acórdão sobre EDv em AREsp nº 1.052.418 – RJ, que reformou o AgInt no AREsp 1052418/RJ (03/08/2017), no sentido de dispensar a apresentação do preparo recursal e, então, afastar a deserção.

⁷² Após a aprovação do artigo para publicação, em março de 2020, foi consultado o trâmite processual de todos os julgados selecionados. Boa parte transitou em julgado. Os julgados reformados no tocante à exigência ou não do preparo foram apenas o Acórdão sobre o AgInt no AREsp 1052418/RJ, a partir de EDv nos EAREsp (28/02/2020) e o Acórdão sobre o AgRg no REsp 1542650/TO, a partir de EDv em Resp (26/11/2019). No quadro constam esses dados já atualizados.

QUADRO I – RESUMO DA SELEÇÃO DOS JULGADOS DO STJ

| Número do julgado | Curador(a) especial | Órgão prolator | Data do Acórdão | Síntese |
|---|--|---|-----------------|---------|
| AgInt no AREsp 1108665/ES | Defensoria Pública da União | Primeira Turma | 28/08/2018 | 3 |
| AREsp 978895 (2016/0235671-0 de 04/02/2019) | Defensoria Pública da União | Corte Especial | 04/02/2019 | 3 |
| AgInt no REsp 1674495/SP | Defensoria Pública do Estado de São Paulo | Terceira Turma | 26/04/2018 | 1 |
| AgInt no AREsp 1045263/RJ | Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro | Segunda Turma | 22/02/2018 | 2 |
| AgInt no RCD no REsp 1645186/MG | Defensoria Pública da União | Quarta Turma | 05/09/2017 | 1 |
| AgRg no REsp 1555758/PR | Advogado(a) dativo(a) | Quarta Turma | 03/08/2017 | 4 |
| AgInt no AREsp 986631/RJ | Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro | Terceira Turma | 15/12/2016 | 1 |
| EDv em REsp 1542650/TO | Defensoria Pública do Estado do Tocantins | Decisão Monocrática que reformou Acórdão proferido pela Segunda Turma | 26/11/2019 | 3 |
| AgRg no AREsp 630701/MG | Defensoria Pública do Estado de Minas Gérias | Terceira Turma | 16/06/2015 | 2 |
| AgRg no AREsp 10183/MG | Defensoria Pública da União | Quarta Turma | 24/03/2015 | 1 |
| EDcl no AREsp 49499/ES | Advogado(a) dativo(a) | Terceira Turma | 01/04/2013 | 4 |
| AgRg no REsp 1345670/PR | Advogado(a) dativo(a) | Segunda Turma | 18/12/2012 | 4 |
| AgRg no REsp 817621/ES | Advogado(a) dativo(a) | Terceira Turma | 31/08/2011 | 4 |
| AgRg no REsp 1186284/MS | Defensoria Pública da União | Terceira Turma | 03/12/2010 | 1 |
| AgRg no AREsp 737263/MS | Defensoria Pública da União | Quarta Turma | 15/10/2015 | 1 |

| | | | | |
|------------------------------------|--|--|------------|---|
| AgRg no Ag 1148322/RJ | Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro | Quarta Turma | 15/10/2009 | 1 |
| AgInt no AREsp 1161521/AM | Defensoria Pública do Estado do Amazonas | Segunda Turma | 15/05/2018 | 1 |
| AgInt no REsp 1674495/SP | Defensoria Pública do Estado de São Paulo | Terceira Turma | 26/04/2018 | 1 |
| AgInt no AREsp 982334/MG | Defensoria Pública da União | Segunda Turma | 11/05/2017 | 1 |
| AgRg no AREsp 288811/MG | Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais | Quarta Turma | 14/03/2017 | 1 |
| AgInt no REsp 1607617/AC | Defensoria Pública da União | Primeira Turma | 03/02/2017 | 1 |
| AgInt no REsp 1614110/SP | Defensoria Pública da União | Quarta Turma | 14/12/2016 | 1 |
| AgRg no AREsp 718539/RJ | Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro | Primeira Turma | 15/08/2016 | 1 |
| EDcl no AgRg no AREsp 738813/RS | Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul | Quarta Turma | 18/08/2017 | 3 |
| AgRg no AREsp 556355/MG | Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais | Primeira Turma | 20/02/2015 | 1 |
| AgRg no REsp 846478/MS | Defensoria Pública da União | Quarta Turma | 26/02/2007 | 1 |
| EDv nos EAREsp 1052418/RJ | Defensoria Pública da União | Decisão Monocrática que reformou Acórdão proferido pela Segunda Turma | 28/02/2020 | 3 |
| AgInt no AREsp 1233877/ES | Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo | Primeira Turma | 13/09/2018 | 3 |

Legenda: Classificadores das decisões: **1)** Negado seguimento ao Resp interposto por pessoa física por ausência do preparo, vez que não se presume a gratuidade de justiça quando da representação exercida pela Defensoria Pública; **2)** Negado seguimento ao Resp interposto por pessoa jurídica por ausência do preparo, vez que não se presume a gratuidade de justiça quando da representação exercida pela Defensoria Pública; **3)** Recurso provido ou acolhido. Dispensa da apresentação do preparo recursal. Gratuidade de justiça não analisada; **4)** Negado seguimento ao Resp. interposto por pessoa física representada por advogado(a) dativo(a) nomeado(a) pelo Juízo, por não ser o(a) curador(a) especial integrante da Defensoria Pública, e vez que não se presume a gratuidade de justiça quando do exercício da curadoria especial.

Como resultado, em resumo, percebe-se que parcela significativa dos julgados foi no sentido de entender que não se presume a insuficiência de recursos da parte que é citada fictamente e assistida pela Defensoria Pública, enquanto curadora especial, porque não há contato entre o réu ausente e o Defensor, que não pode verificar a situação do assistido.⁷³

Ressalta-se que em nenhum dos casos se levantou a ilegitimidade da Defensoria para pleitear a justiça gratuita em favor de réu citado fictamente, fundamentando-se apenas na impossibilidade de o curador especial conhecer a situação financeira de ausente.

Entretanto, nos casos em que a parte revel foi representada por advogado dativo, no exercício da curadoria especial, o primeiro fundamento lançado nos julgados era quanto ao fato de a parte não estar sendo representada pela Defensoria Pública, o que não presumiria a gratuidade de justiça e, enfim, o fato de não se presumir a gratuidade no caso do réu revel.

Evidente, assim, a ausência de uniformidade entre os julgados do STJ, que ainda antes do novo entendimento ora exigiam a apresentação do preparo recursal quando o réu estava sob curadoria especial de advogado dativo, ao argumento de que o benefício somente seria concedido no caso da representação exercida pela Defensoria Pública, ora também exigiam o preparo da Defensoria Pública enquanto curadora especial, que foi a situação encontrada na maior parte dos julgados analisados. Percebe-se, de pronto, o labirinto da temática.

Ainda, quase todos os julgados trataram de Agravos Internos sobre Recursos Especiais. É que, em razão da não presunção da gratuidade de justiça, como no AgInt no AREsp nº 1045263/RJ e no AgInt no REsp 1674495/SP, quando da análise dos recursos especiais, decidiu-se pela necessidade do preparo, resultando no não provimento, seguida da interposição de agravos internos, também desprovidos. Ou seja, o pedido nos agravos internos geralmente é exclusivamente a dispensa do preparo recursal.

Embora o entendimento reiterado do STJ seja no sentido de negar a justiça gratuita ao réu revel sob curadoria especial da Defensoria Pública, com as ressalvas já feitas, houve alguns julgados, como o AgInt no AREsp 1108665/ES⁷⁴ e o AgInt no AREsp 1233877/ES⁷⁵, que sinalizaram para uma possível virada jurisprudencial.

O primeiro foi relatado pelo Ministro Gurgel de Faria, que foi o relator para acórdão do segundo, que por sua vez fora relatado pelo Ministro Sérgio Kukina, cujo voto foi vencido. Nesses dois casos, foi dispensado o preparo para a interposição do Recurso Especial, no caso da curadoria especial.

⁷³ Com uma considerável quantidade de precedentes citados: STJ, AgInt no RCD no REsp 1.645.186/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de 05/09/2017; STJ, AgInt no AREsp 913.137/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/11/2016 e AgInt no AREsp 942.537/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2016.

⁷⁴ Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1739157&tipo=0&nreg=201701236488&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180918&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 22 de fev. 2019.

⁷⁵ Inteiro teor do acórdão disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1739162&num_registro=201800111512&data=20180913&formato=PDF. Acesso em: 22 de fev. 2019.

Nos votos, que inclusive citam os precedentes já comentados acima (AgRg no REsp 1345670/PR e EDcl no AREsp 49499/ES), fundamenta-se no exercício do *munus* público exercido pela Defensoria, que deveria ser estendido ao grau recursal. Nessa esteira, a negativa da prestação jurisdicional (pelo não provimento dos recursos em razão da não pagamento do preparo), para o referido Ministro, impediria a garantia constitucional da ampla defesa a que se presta a Defensoria Pública enquanto curadora especial.

Vale ressaltar que uma solução possível, como a concessão da gratuidade de justiça para atos específicos (art. 98, parágrafo 5º), na casuística aqui analisada, sequer foi cogitada nos julgados, ante o entendimento hermético de que o curador especial não pode verificar as condições financeiras do réu ausente, ou talvez por ausência do pedido específico pela concessão da gratuidade de justiça em sede recursal (o que é permitido pelo art. 99, parágrafo 7º, do CPC). Também a alternativa lançada por Péricles Silva,⁷⁶ o diferimento das custas ao final do processo, não foi questão suscitada.

Portanto, não se enfrentou diretamente a questão da concessão da justiça gratuita, ressaltando-se que ela não é presumida quando se tratar de réu citado fictamente e fundamentando-se na necessidade de acesso à justiça, que resta inviabilizado quando se exige o preparo recursal da Defensoria Pública. O fundamento das decisões que permitiu a dispensa dos preparos teve por base não a legislação de processo civil, e sim a necessidade de se concretizar o princípio do acesso à justiça, além da observância das funções precípuas da Defensoria Pública.

Ainda assim, não se delineou qualquer discussão acerca da possibilidade de isenção de custas para a Defensoria Pública, na linha de uma interpretação extensiva da Lei nº 9.289/1996, tampouco se utilizou de marcas denotativas de argumentos de cunho econômico, porque a fundamentação dos julgados, verificáveis em especial nos votos dos Relatores, foi reiteradamente resumida a se informar a orientação prevalecente no STJ, embora, como visto, o posicionamento do STJ tenha sido vacilante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mauro Capelletti e Bryant Garth⁷⁷ revisaram várias experiências ao redor do globo que objetivavam facilitar o acesso à justiça, em seus diversos aspectos. Analiticamente, perceberam algumas “ondas” ou fases do desenvolvimento do sistema jurídico de muitos países, desde a construção de um aparato estatal apto a atender os mais necessitados, com a destinação de recursos para tanto, de mecanismos processuais de tutela de direitos coletivos, até novas formas de resolução de conflitos, como a arbitragem.

⁷⁶ SILVA, Péricles Batista da. Defensoria Pública e curadoria especial no Superior Tribunal de Justiça: a obrigatoriedade de recolhimento das custas de preparo como requisito de admissibilidade do recurso especial. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília**, v. 1, n. 1, 2019, p. 131.

⁷⁷ CAPPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**, 1988, p. 160 (Trad. Hellen Gracie Northfleet).

Os autores alertam, porém, que se deve evitar a ilusão de achar que reformas sobre leis e sistemas processuais implicam necessariamente mudanças políticas e sociais.⁷⁸ Logo, o caminho mais certo parece ser justamente o oposto, afinal, em tese a lei é a expressão da vontade popular.

Como elucidou Norberto Bobbio, no clássico “A Era dos Direitos”,⁷⁹ o surgimento de novas demandas por direitos não significa a superação de velhos problemas. Ao passo que são reconhecidas muitas pretensões novas, não deixa de existir a inefetividade de direitos básicos. Essa talvez seja uma boa descrição para o complexo cenário brasileiro.

Tendo esses desafios em vista, feita a análise dos julgados, foi revelado o perfil jurisprudencial do STJ, até pouco tempo tendente a não se dispensar a apresentação do preparo recursal pelo réu fictamente citado e sob curadoria especial. Principalmente, deixou claro o simplismo na fundamentação das decisões, que não enfrentaram a devida análise legal, mormente as alterações promovidas pelo CPC de 2015 e, em suma, reiteravam os precedentes no sentido de que “o deferimento dos benefícios da justiça gratuita não se presume, mesmo nos casos em que a Defensoria Pública atue como curador especial de réu revel”, por não ser possível a verificação de hipossuficiência do réu.

Por conseguinte, as duas hipóteses levantadas no início deste estudo (a impossibilidade jurídica do pedido pela ilegitimidade do curador especial, ou a aplicação de argumento econômico na decisão) não se aplicaram aos casos, ou pelo menos não fizeram parte da fundamentação das decisões.

A análise proposta concluiu, assim, primeiramente, que uma atecnia da lei, ou a sua interpretação estritamente silogística, tem causado a negativa de defesa de um número indeterminado de pessoas em varas e tribunais brasileiros.

Em segundo lugar, e talvez mais importante, foi possível depreender que as decisões judiciais não foram suficientemente fundamentadas, e sim reduzidas a um argumento redundante, o que pode sinalizar a deficiência na integridade e na coerência da interpretação da lei.⁸⁰ Talvez seja sinal de que a Têmis deve permanecer de olhos fechados, mas atenta às soluções muito simples.

⁷⁸ CAPPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**, 1988, p. 160 (Trad. Hellen Gracie Northfleet).

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. (Trad. Carlos Nelson Coutinho).

⁸⁰ O art. 489 do CPC impõe o dever de fundamentação da decisão judicial; ainda que baseada em precedentes, conforme o inciso V do parágrafo 1º, o juiz deve identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Para Túlio Jales (2015), cuida-se da superação do paradigma positivista de fundamentação, pois apenas a menção à fonte normativa, incluindo os precedentes, não resulta em uma decisão moralmente justificada.

REFERÊNCIAS

BEGA, Carolina Brambila. **Curadoria especial – tutela da vulnerabilidade processual: análise da efetividade dessa atuação.** Tese (Doutorado em Direito Processual) – USP, São Paulo, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (Trad. Carlos Nelson Coutinho).

_____. **Teoria do ordenamento jurídico,** 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995. (Trad. Maria Celeste C.J. Santos).

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 21/2018. Altera o art. 256 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a citação, por edital, do réu com endereço desconhecido. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132142?o=c>. Acesso em: 29 set. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil,** vol. 1, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. III. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 447 apud STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.) **Comentários ao Código de Processo Civil,** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 522.

CAPPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Frabris, 1988 (Trad. Hellen Gracie Northfleet).

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da atuação dos conselhos profissionais na cobrança da dívida ativa.** Brasília: CNJ, 2019a.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números.** Brasília: CNJ, 2019b.

DELFINO, Lucio. Capítulo VIII: Da revelia. In: STRECK, lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.) **Comentários ao Código de Processo Civil,** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,** 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal,** 13. ed., vol. 3, Salvador: Juspodivm, 2016.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **A curadoria especial no novo código de processo civil.** In SOUSA, José Augusto Garcia. **Repercussões do novo CPC: Defen-**

soria Pública. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** [Recurso eletrônico], vol. 1, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal: Relatório de Pesquisa**. Brasília: Ipea, 2011.

MOURA; CUSTÓRIO; SILVA; CASTRO. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**, 1. ed. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2013.

JALES, Túlio de Medeiros. Novo código de processo civil e fundamentação da decisão judicial: horizontes argumentativo e hermenêutico. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, vol. 17, n. 3, p. 261-301, set-dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, vol. 2. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

MARSAN, Gabriel Ignacio Anitua. A defensoria pública como garantia de acesso à justiça. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 19-27.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo código de processo civil comentado**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Título II: da comunicação dos atos processuais. In: STRECK, lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.) **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**, 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

NÚÑEZ, Lucas Pahl Schaan. **Uma análise racional do benefício da gratuidade judiciária e dos pressupostos para a sua concessão**. Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 12, vol 19, n.3. Rio de Janeiro: UERJ, 2018 (set./dez).

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça**, p. 320. In: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas, Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REBELLO, Ana Beatriz F. **O problema do rol taxativo do 1015: há uma solução no CPC? Pensamos que sim!**, 22 maio 2017. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/460956892/o-problema-do-rol-taxativo-do-1015-ha-uma-solucao-no-cpc>. Acesso em 07 nov. 2019.

ROCHA, Amélia Soares. **Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Da contestação, p 840. In: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas, **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Péricles Batista da. Defensoria Pública e curadoria especial no Superior Tribunal de Justiça: a obrigatoriedade de recolhimento das custas de preparo como requisito de admissibilidade do recurso especial. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 123/136.123.

STF. Superior Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**, 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. p. 313.

TAMANAHA, Brian Z. **On the rule of law: history, politics, theory**. Cambridge University Press, New York, 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**, vol 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

INDICADORES DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: UM OLHAR PARA A CAPACIDADE ATUAL DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS CONSIDERANDO AS PECULIARIDADES REGIONAIS DAS POPULAÇÕES (CARENTES) DAS UNIDADES FEDERATIVAS

*INDICATORS OF ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL: A LOOK AT THE CURRENT CAPACITY OF
THE STATE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE CONSIDERING THE REGIONAL PECULIARITIES OF
THE (NEEDY) POPULATIONS OF THE FEDERATIVE UNITS*

Cristiano Brilhante de Souza

*Mestre em Direito Constitucional pelo
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)
Auditor Federal de Controle Externo do
Tribunal de Contas da União e Advogado*

cristianobs@tcu.gov.br

RESUMO

A Defensoria Pública é a principal instituição responsável por oportunizar o acesso à justiça, por meio da assistência judiciária gratuita, a milhões de brasileiros. Considerando a referida missão, a pesquisa em epígrafe buscou avaliar, por meio de indicadores, em que medida às 27 unidades da federação, com suas características socioculturais inerentes, tem viabilizado a assistência judiciária gratuita às populações mais carentes por meio das respectivas Defensorias Públicas. Dentre as principais conclusões, destaca-se que, de forma geral, a despeito de ter aumentado o número de defensores públicos efetivos por estado, o referido aumento não acompanhou o aumento da população alvo (população com renda até três salários mínimos). Além disso, evidenciou-se que em estados nos quais o IDH é maior, a taxa de litigiosidade é maior, ocorrendo o inverso nos estados onde o IDH é menor, inferindo-se que o referido comportamento por estado é reflexo dos fatores “educação” e “renda”.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Defensoria Pública. Desigualdade Social. Índice de Desenvolvimento Humano.

ABSTRACT

The Public Defender's Office is the main institution responsible for providing access to justice through free legal aid to millions of Brazilians. Considering this mission, the research in question sought to evaluate, through indicators, to what extent has the 27 units of the federation, with its inherent socio-cultural characteristics, been able to provide free legal aid to the most needy populations through their Public Defender Offices? Among the main conclusions, it is worth noting that in general, despite the increase in the number of effective public defenders per state, this increase did not follow the increase in the target population (population with income up to three minimum wages). In addition, it has been shown that in states in which the HDI is higher, the litigiousness rate is higher, with the opposite occurring in states where the HDI is lower, inferring that this behavior by state is a reflection of the factors of "education" and "income."

Keywords: Access to justice. Public Defender's Office. Social inequality. Human development index

Data de submissão: 22/07/2019

Data de aceitação: 23/01/2020

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. A ESTRUTURA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS NO BRASIL: PANORAMA EM JANEIRO DE 2019 2. A POPULAÇÃO ALVO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS 3. O ÍNDICE DE JUDICIALIZAÇÃO POR UNIDADE DA FEDERAÇÃO. REFLEXÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

Definir um conceito para "acesso à justiça" ainda não é tarefa fácil, mesmo nos dias de hoje. Isso porque a referida expressão comporta várias acepções a depender do contexto em que se encontre. Não por acaso, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na clássica obra "Acesso à Justiça" reconheciam que "**a expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição**"¹. Com o passar dos anos e considerando que as relações sociais se tornam a cada dia mais complexas, a dificuldade para definir um conceito que abarque a expressão "acesso à justiça" tende a se agravar.

Contudo, mesmo diante da amplitude de significados da expressão "acesso à justiça" é fora de dúvida que ela serve para determinar, de forma peremptória, ao menos duas finali-

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 8.

dades básicas do sistema jurídico: (i) o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou (ii) resolver seus litígios sob os auspícios do estado. No primeiro aspecto, espera-se que o sistema seja igualmente acessível a todas as pessoas, independentemente de sua condição social. No que diz respeito ao segundo aspecto, espera-se que o sistema consiga produzir resultados que sejam individual e socialmente e justos.²

Nessa senda, vale dizer que dentre as perspectivas comumente estudadas, a expressão “acesso à justiça” é utilizada para designar, entre outras, os seguintes direitos do cidadão: (i) direito à assistência jurídica de amplo acesso; e, (ii) direito a uma justiça eficaz. Nesse sentido, Cappelletti e Garth ensinam que:

“(...) O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.³

Na já referida obra, Cappelletti e Garth, também identificam e relacionam as barreiras tradicionalmente encontradas por aqueles que buscam a justiça, que foram subdivididas nos seguintes grupos: (i) **custas judiciais**; (ii) **possibilidades das partes**, que incluem por exemplo, a disponibilidade de recursos financeiros para litigar, a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa e o conhecimento sobre como ajuizar a demanda; e, (iii) **problemas especiais dos interesses difusos**.⁴

Não é difícil perceber que, de fato, os obstáculos listados pelos autores ainda hoje, dificultam e até mesmo impedem o acesso à justiça. Tais obstáculos podem ser também classificados em econômicos, culturais e sociais.

Os obstáculos de natureza **econômica** dizem respeito aos altos valores cobrados em custas judiciais, honorários advocatícios, ônus da sucumbência e tempo gasto na resolução da lide.

Já os obstáculos **socioculturais** provocam o distanciamento das pessoas ao acesso à justiça. Assim, quanto maior for o grau de “desfavorecimento social” do indivíduo, maior será a distância da pessoa em relação à solução de seu conflito⁵. Dentro desse subgrupo de dificuldades, destaca-se a falta de aptidão que as classes menos favorecidas têm para reconhecer os direitos juridicamente exigíveis e para propor uma ação ou buscar sua defesa.

Considerando os três obstáculos identificados para o acesso à justiça, Cappelletti e Garth idealizaram três “ondas reformatórias”, estruturadas em etapas que seguem uma ordem praticamente sequencial. Em síntese, essas “ondas” propunham soluções práticas para cada tipo de barreira ou problema de acesso à justiça identificado. Tais soluções são, na visão dos autores: (i) **a assistência judiciária**, que visa mitigar o obstáculo econômico que impede o acesso, (ii) **a representação jurídica para os interesses difusos** e visa contornar

² Ibidem. p. 8.

³ Ibidem. p. 12.

⁴ Ibidem. p. 15-28.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitao; PEDROSO, Joao; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**: o caso português. Porto: Edições Afrontamento, 1996. p. 405.

o obstáculo organizacional do acesso à justiça; e, (iii) **o enfoque de acesso à justiça** que contempla a concepção mais ampla de acesso à justiça, visando instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do direito.⁶

Trazendo a discussão do “acesso à justiça” para o Brasil, vale dizer que com a promulgação da Constituição de 1988, o rol de direitos fundamentais foi sensivelmente ampliado. A partir da nova ordem constitucional, foram ampliados os direitos prestacionais exigíveis do estado, em consequência do art. 5º, inciso XXXIV, dispositivo que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, **“o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”**. Também foi consagrado o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição que contempla o acesso à justiça e está expresso no inciso XXXV do mesmo artigo, por meio do qual se garante, ao menos em tese, que **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**.

Diante desse contexto, o presente estudo, se ocupará da discussão que envolve, no Brasil, a viabilização da assistência judiciária aos mais pobres, abarcando, portanto, parte da primeira onda reformatória abordada por Cappelletti e Garth. Considerando a ampliação de direitos fundamentais dada pela Constituição de 1988, o objetivo central desta pesquisa é **avaliar em que medida às 27 unidades da federação, com suas características socioculturais inerentes, tem viabilizado a assistência judiciária gratuita às populações mais carentes por meio das respectivas Defensorias Públicas?** Para avaliar a questão de pesquisa, o estudo foi delimitado de forma a considerar o empenho de cada estado no aprimoramento das estruturas das respectivas Defensorias Públicas, as quais tem por função precípua, prestar assistência judiciária gratuita à pessoas hipossuficientes. Portanto, é premissa dessa pesquisa que a avaliação do “acesso a justiça” será feita dentro do contexto da “assistência judiciária” prestada pelas Defensorias Públicas estaduais.

Com objetivo de apresentar subsídios que permitam tecer reflexões acerca da questão colocada, nas seções que se seguem, serão apresentados de forma sequencial e estruturada, dados obtidos por meio de pesquisas realizadas em órgãos oficiais acerca: (i) da atual estrutura das Defensorias Públicas estaduais, (ii) das populações totais e alvo da Defensoria Pública em cada estado, (iii) da taxa de litigiosidade média anual por estado, (iv) do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) geral de cada estado e estratificado para educação (IDH_E), renda (IDH_R) e longevidade (IDH_L).

1. A ESTRUTURA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS NO BRASIL – PANORAMA EM JANEIRO DE 2019

Em um país onde aflora a desigualdade social, não há como não reconhecer o papel cada vez mais essencial das Defensorias Públicas no que diz respeito à oportunidade do pleno acesso à justiça, destacando-se a assistência e orientação jurídica integral e gratuita prestada aos cidadãos mais necessitados.

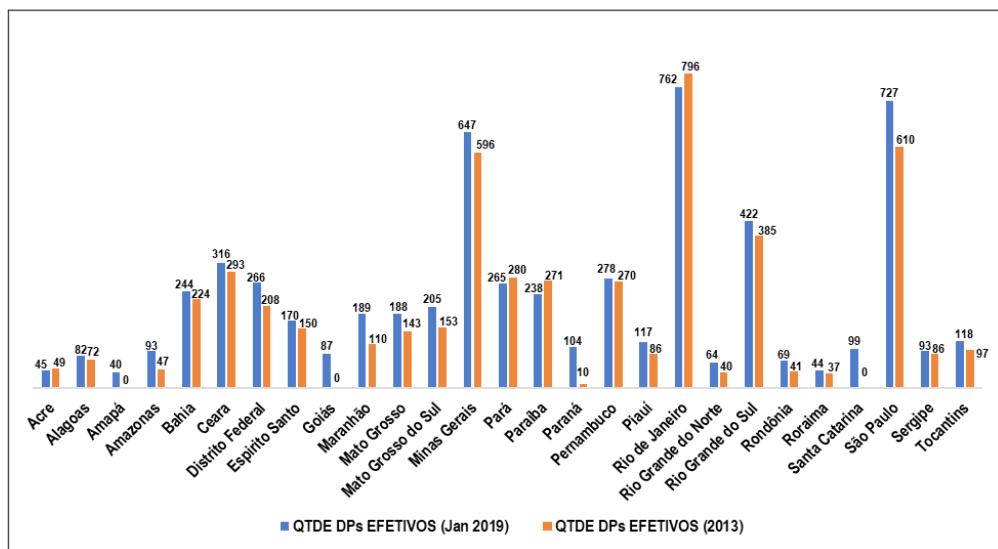
⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Op. cit.** p. 31-73.

Nas últimas duas décadas, várias foram as alterações constitucionais que vieram para fortalecer essa instituição, reconhecendo seu papel relevante como instituição que compõe o Sistema de Justiça brasileiro. Nesse sentido, as Emendas Constitucionais nº 45 de 2004, nº 69 de 2012 e nº 74 de 2013 e nº 80 de 2014.

No entanto, a despeito dos avanços constitucionais observados, os desafios dessa instituição continuam enormes considerando que ainda é grande a disparidade das estruturas de cada Defensoria Pública a depender do estado membro.

A figura 1 a seguir, mostra a situação atual das Defensorias Públicas no que diz respeito ao número de **defensores efetivos**. Na mesma figura, também se apresenta a situação encontrada em 2013, no levantamento feito pela ANADEP/IPEA⁷:

Figura 1 – Quadro **atual** de defensores públicos estaduais efetivos por estado x Quadro de defensores públicos estaduais efetivos por estado **em 2013**.



Fonte: Elaboração própria a partir das informações disponíveis nos “sites” das 27 Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal. Pesquisa realizada no mês de janeiro de 2019.

Observa-se que, na grande maioria dos estados, a quantidade de defensores efetivos aumentou desde 2013, o que demonstra que as alterações constitucionais promovidas de fato fortaleceram a instituição. Nos estados do Acre, Pará, Paraíba e Rio de Janeiro, contudo, a situação piorou, já que se observou redução no quadro de defensores efetivos. No total, as Defensorias Públicas estaduais contam atualmente com 5.972 defensores públicos ante os 5.054 computados em 2013.

⁷ CASTRO, André Luis Machado de; CUSTÓDIO, Rosier Batista; MOURA, Tatiana Whately. SÁ e SILVA, Fábio. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 1. ed. Brasília: IPEA, 2013. p. 46.

2. A POPULAÇÃO ALVO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS

Para avaliar a demanda que cada Defensoria Pública estadual potencialmente pode receber, é preciso definir algum critério que seja objetivo. Nesse sentido, embora não seja o único indicador de vulnerabilidade social, um critério que se mostra consistente é o da renda. Em relação ao referido parâmetro, vale mencionar que o Ministério da Justiça e PNUD, tem adotado como critério para definir o público alvo das Defensorias Públicas, o limite de três salários-mínimos, por ser de fácil verificação nas bases de dados do IBGE⁸. Esse critério foi também adotado no presente estudo, sobretudo, para permitir comparações com estudos anteriores. Ressalte-se que não há na legislação em vigor, limite remuneratório que impeça o acesso de qualquer cidadão aos serviços prestados pelas Defensorias Públicas. Portanto, convém observar que pessoas com renda maior poderão utilizar os serviços da Defensoria Pública, sempre que verificada a necessidade.

Considerando o critério de renda até três salários mínimos, adotado como premissa nessa pesquisa, as unidades da federação apresentam a situação descrita na tabela 1 a seguir:

Tabela 1 – População do Brasil, estratificada por renda até 3 salários mínimos

| UF | População Total | % População com renda até 3 SM | População com renda até 3 SM |
|--------------------|-----------------|--------------------------------|------------------------------|
| | (A) | (B) | (C)=(A)x(B) |
| Acre | 829.619 | 95,93% | 795.812 |
| Alagoas | 3.375.823 | 97,36% | 3.286.598 |
| Amapá | 797.722 | 93,50% | 745.905 |
| Amazonas | 4.063.614 | 95,23% | 3.869.733 |
| Bahia | 15.344.447 | 95,37% | 14.634.218 |
| Ceará | 9.020.460 | 96,02% | 8.661.211 |
| Distrito Federal | 3.039.444 | 74,89% | 2.276.358 |
| Espírito Santo | 4.016.356 | 91,85% | 3.689.132 |
| Goiás | 6.778.772 | 92,17% | 6.247.697 |
| Maranhão | 7.000.229 | 97,95% | 6.856.989 |
| Mato Grosso | 3.344.544 | 92,33% | 3.088.083 |
| Mato Grosso do Sul | 2.713.147 | 90,75% | 2.462.238 |
| Minas Gerais | 21.119.536 | 92,15% | 19.461.803 |

⁸ Ibidem. p. 36-37.

| | | | |
|---------------------|--------------------|---------------|--------------------|
| Pará | 8.366.628 | 97,04% | 8.119.252 |
| Paraíba | 4.025.558 | 94,80% | 3.816.309 |
| Paraná | 11.320.892 | 89,32% | 10.111.655 |
| Pernambuco | 9.473.266 | 95,86% | 9.080.782 |
| Piauí | 3.219.257 | 96,20% | 3.097.053 |
| Rio de Janeiro | 16.718.956 | 88,66% | 14.823.420 |
| Rio Grande do Norte | 3.507.003 | 95,26% | 3.340.862 |
| Rio Grande do Sul | 11.322.895 | 87,09% | 9.860.873 |
| Rondônia | 1.805.788 | 95,82% | 1.730.276 |
| Roraima | 522.636 | 93,36% | 487.926 |
| Santa Catarina | 7.001.161 | 88,18% | 6.173.359 |
| São Paulo | 45.094.866 | 86,71% | 39.102.410 |
| Sergipe | 2.288.116 | 95,33% | 2.181.241 |
| Tocantins | 1.550.194 | 95,43% | 1.479.296 |
| Brasil | 207.660.929 | 91,24% | 189.463.067 |

Fonte: Elaboração própria a partir de dados obtidos da PNAD contínua, disponível no “site” do IBGE.⁹

Observação: As informações se referem ao ano de 2017 visto que essa é a pesquisa mais recente disponível pelo IBGE que contempla a estratificação da população por renda, por estado.

Segundo o Ministério da Justiça, a relação desejável de Defensores Públicos por habitante deve oscilar na faixa aproximada de um defensor público **para cada dez mil ou, no máximo, 15 mil** que possam ser considerados alvo da Defensoria Pública¹⁰.

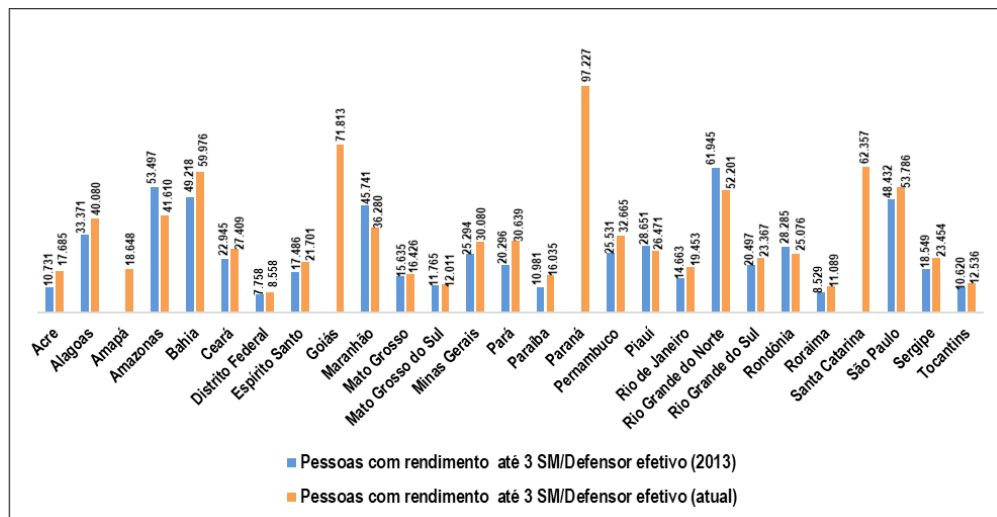
Considerando essa premissa, a figura 2 a seguir, apresenta a relação de pessoas com rendimento de até três salários mínimos (público alvo) por defensor público para cada unidade da federação e as compara com os índices obtidos no levantamento feito pela ANADEP/ IPEA em 2013¹¹:

⁹ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?ediacao=20635&t=resultados>.

¹⁰ CASTRO, André Luis Machado de; CUSTÓDIO, Rosier Batista; MOURA, Tatiana Whately. SÁ e SILVA, Fábio. **Op. cit.** p. 36.

¹¹ Ibid. p. 58.

Figura 2 – Relação **atual** de pessoas com rendimento de até três salários mínimos (público alvo) por defensor público x Relação de pessoas com rendimento de até três salários mínimos por defensor público em **2013**.



Fonte: Elaboração própria a partir das informações disponíveis nos “sites” das 27 Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal e PNAD (IBGE). Pesquisa realizada no mês de janeiro de 2019.

Atualmente, o número de pessoas com rendimento mensal até três salários-mínimos por defensor público estadual efetivo no Brasil é de 31.728. Em 2013, essa relação era de 56.620 pessoas para cada defensor, segundo o estudo da ANADEP¹².

Ao analisar o número de pessoas alvo por defensor público efetivo, observa-se que apenas 4 (quatro) estados cumprem o critério desejável, recomendado pelo Ministério da Justiça e PNUD, no sentido de que deve haver **um defensor público para cada dez mil ou, no máximo, 15 mil que possam ser considerados alvo da Defensoria Pública**. A tabela 2 a seguir, apresenta a situação atual das Defensorias Públicas estaduais considerando o critério mencionado e a compara com a situação encontrada em 2013:

¹² Ibid. p. 36.

Tabela 2 – Relação desejável de defensores por público alvo: comparativo de adequação ao critério atual em relação a 2013.

| UF | Pessoas com rendimentos até 3 SM/Defensor efetivo (2013) | Cumpria o critério desejável em 2013? | Pessoas com rendimentos até 3 SM/Defensor efetivo (2019) | Cumpre o critério desejável atualmente? |
|---------------------|--|---------------------------------------|--|---|
| Distrito Federal | 7.758 | Sim | 8.558 | Sim |
| Roraima | 8.529 | Sim | 11.089 | Sim |
| Mato Grosso do Sul | 11.765 | Sim | 12.011 | Sim |
| Tocantins | 10.620 | Sim | 12.536 | Sim |
| Paraíba | 10.981 | Sim | 16.035 | Não |
| Mato Grosso | 15.635 | Não | 16.426 | Não |
| Acre | 10.731 | Sim | 17.685 | Não |
| Amapá | --- | Não | 18.648 | Não |
| Rio de Janeiro | 14.663 | Sim | 19.453 | Não |
| Espírito Santo | 17.486 | Não | 21.701 | Não |
| Rio Grande do Sul | 20.497 | Não | 23.367 | Não |
| Sergipe | 18.549 | Não | 23.454 | Não |
| Rondônia | 28.285 | Não | 25.076 | Não |
| Piauí | 28.651 | Não | 26.471 | Não |
| Ceará | 22.945 | Não | 27.409 | Não |
| Minas Gerais | 25.294 | Não | 30.080 | Não |
| Pará | 20.296 | Não | 30.639 | Não |
| Pernambuco | 25.531 | Não | 32.665 | Não |
| Maranhão | 45.741 | Não | 36.280 | Não |
| Alagoas | 33.371 | Não | 40.080 | Não |
| Amazonas | 53.497 | Não | 41.610 | Não |
| Rio Grande do Norte | 61.945 | Não | 52.201 | Não |
| São Paulo | 48.432 | Não | 53.786 | Não |
| Bahia | 49.218 | Não | 59.976 | Não |
| Santa Catarina | --- | Não | 62.357 | Não |
| Goiás | --- | Não | 71.813 | Não |
| Paraná | --- | Não | 97.227 | Não |
| Brasil | 56.620 | Não | 31.728 | Não |

Fonte: Elaboração própria.

Observa-se que, de forma geral, a relação de pessoas alvo por defensor público **por estado** piorou de 2013 para cá, com exceção dos estados de Rondônia, Piauí, Maranhão, Amazonas e Rio Grande do Norte. Nos estados do Amapá, Santa Catarina, Goiás e Paraná, como não havia defensores de carreira em 2013, por óbvio, a situação atual é melhor.

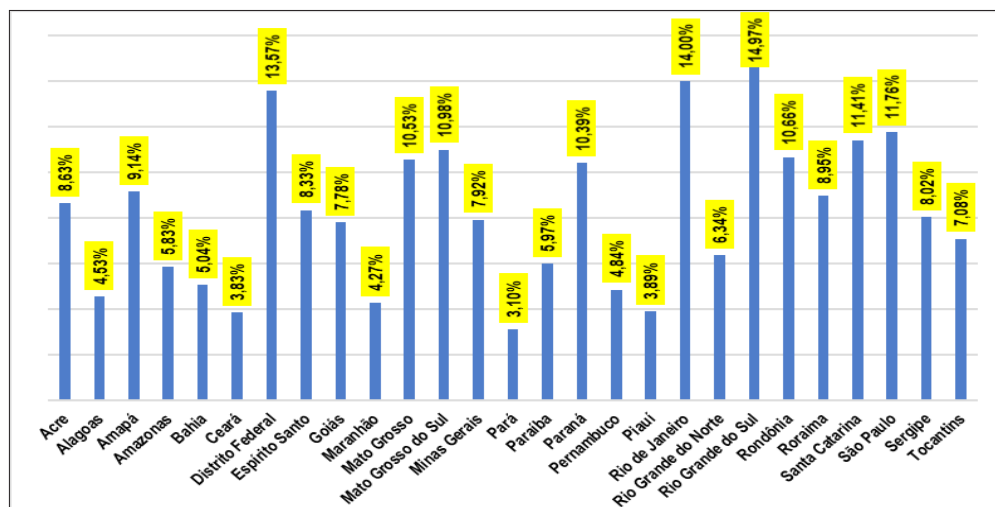
Observa-se, ainda, que a média nacional de pessoas alvo por defensor público estadual melhorou, conforme já havia sido mencionado.

Um dos possíveis fatores que contribuiu para a piora dos resultados individuais por estado, observados na tabela 2, se deve ao expressivo aumento da população com rendimento até 3 salários mínimos, tida como alvo potencial da das Defensorias Públicas. Em que pese os esforços dos estados em dotar, nos últimos anos, as respectivas Defensorias Públicas de uma melhor estrutura, em especial pela contratação de novos defensores públicos de carreira, tais ações não foram suficientes para acompanhar o aumento da população alvo (com rendimentos até três salários mínimos).

3. O ÍNDICE DE JUDICIALIZAÇÃO POR UNIDADE DA FEDERAÇÃO

Quando se analisa as condições de acesso a justiça em um país continental e desigual como é o Brasil, é importante observar se há variações nas culturas regionais que repercutam de alguma maneira na quantidade de demandas submetidas ao poder judiciário e se existem outros fatores, como educação e renda, que influenciem esse indicador. Considerando essa premissa, a presente pesquisa identificou, em consulta ao relatório Justiça em Números, elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os índices de demandas novas por estado, de 2009 até 2017 e calculou a taxa média, para cada estado, no referido período. A figura 3 a seguir sintetiza a taxa média anual de demandas novas em relação às populações de cada estado:

Figura 3 – Taxa anual média de demandas novas, em relação à população total, por unidade da federação



Fonte: Elaboração própria a partir das informações extraídas do Relatório Justiça em Números

Observações: Os valores médios, referentes às demandas novas anuais, encontrados para cada Tribunal de Justiça Estadual, foram calculados considerando os valores anuais referentes aos exercícios de **2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017**. As demandas da Justiça Federal e das justiças especializadas não foram consideradas no cálculo em epígrafe.

Tomando como parâmetro aproximado, as referidas taxas médias de demandas novas submetidas ao poder judiciário estadual, é possível estimar a quantidade de processos novos que, a cada ano, considerando agora a população alvo (com rendimentos até 3 salários mínimos), poderão ser efetivamente patrocinados pelas Defensorias Públicas estaduais. Nesse caminho, a tabela 3 apresenta a projeção da quantidade de processos novos que seriam submetidos, a cada ano, aos Tribunais de Justiça Estaduais, pela população alvo da Defensoria Pública:

Tabela 3 – Estimativa da **quantidade média anual de processos novos submetidos** aos TJ's estaduais pela população com rendimentos até 3 salários mínimos.

| UF | Índice médio (anual) de judicialização da população ----- (A) | População com rendimento até 3 SM (2017) - alvo da DP ----- (B) | Estimativa de demandas novas apresentadas pela população com rendimento até 3 SM/ANO ----- (C)=(A)x(B) |
|--------------------|---|---|--|
| Rio Grande do Sul | 14,965% | 9.860.873 | 1.475.712 |
| Rio de Janeiro | 13,996% | 14.823.420 | 2.074.685 |
| Distrito Federal | 13,566% | 2.276.358 | 308.819 |
| São Paulo | 11,762% | 39.102.410 | 4.599.171 |
| Santa Catarina | 11,405% | 6.173.359 | 704.080 |
| Mato Grosso do Sul | 10,980% | 2.462.238 | 270.363 |
| Rondônia | 10,660% | 1.730.276 | 184.449 |
| Mato Grosso | 10,531% | 3.088.083 | 325.205 |
| Paraná | 10,388% | 10.111.655 | 1.050.369 |
| Amapá | 9,137% | 745.905 | 68.151 |
| Roraima | 8,949% | 487.926 | 43.666 |
| Acre | 8,626% | 795.812 | 68.648 |
| Espírito Santo | 8,329% | 3.689.132 | 307.284 |
| Sergipe | 8,024% | 2.181.241 | 175.012 |
| Minas Gerais | 7,917% | 19.461.803 | 1.540.758 |

¹³ Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QuvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 18 de janeiro de 2019.

| | | | |
|---------------------|--------|------------|---------|
| Goiás | 7,783% | 6.247.697 | 486.259 |
| Tocantins | 7,078% | 1.479.296 | 104.707 |
| Rio Grande do Norte | 6,338% | 3.340.862 | 211.753 |
| Paraíba | 5,971% | 3.816.309 | 227.857 |
| Amazonas | 5,831% | 3.869.733 | 225.661 |
| Bahia | 5,035% | 14.634.218 | 736.884 |
| Pernambuco | 4,841% | 9.080.782 | 439.640 |
| Alagoas | 4,534% | 3.286.598 | 149.031 |
| Maranhão | 4,265% | 6.856.989 | 292.463 |
| Piauí | 3,893% | 3.097.053 | 120.566 |
| Ceará | 3,827% | 8.661.211 | 331.425 |
| Pará | 3,102% | 8.119.252 | 251.863 |

Fonte: Elaboração própria.

Tendo em vista as estimativas de demandas novas reais por ano e por estado, é possível estimar (considerando nessa estimativa as peculiaridades regionais de cada unidade da federação no que diz respeito ao índice de judicialização) a quantidade de demandas novas que serão patrocinadas por cada defensor em cada estado por ano. Nesse sentido, a tabela 4 a seguir apresenta a relação entre a quantidade atual de defensores públicos estaduais por unidade da federação e a estimativa de demandas novas que podem ser efetivamente apresentadas pela população alvo.

Tabela 4 – Quantidade de processos potencialmente submetidos por pessoas com rendimento até 3 salários mínimos ao judiciário estadual por ano, a ser patrocinado por cada defensor público.

| UF | Defensor Público Efetivo por UF (2018/2019) ----- (A) | Estimativa de demanda real da população até 3 SM/ANO ----- (B) | Qtde de processos submetidos por pessoas com rendimento até 3 SM/ANO por Defensor Público ----- (C) = (B)/(A) |
|--------------------|---|--|---|
| Tocantins | 118 | 104.707 | 887 |
| Pará | 265 | 251.863 | 950 |
| Paraíba | 238 | 227.857 | 957 |
| Roraima | 44 | 43.666 | 992 |
| Piauí | 117 | 120.566 | 1.030 |
| Ceará | 316 | 331.425 | 1.049 |
| Distrito Federal | 266 | 308.819 | 1.161 |
| Mato Grosso do Sul | 205 | 270.363 | 1.319 |

| | | | |
|---------------------|-----|-----------|--------|
| Acre | 45 | 68.648 | 1.526 |
| Maranhão | 189 | 292.463 | 1.547 |
| Pernambuco | 278 | 439.640 | 1.581 |
| Amapá | 40 | 68.151 | 1.704 |
| Mato Grosso | 188 | 325.205 | 1.730 |
| Espírito Santo | 170 | 307.284 | 1.808 |
| Alagoas | 82 | 149.031 | 1.817 |
| Sergipe | 93 | 175.012 | 1.882 |
| Minas Gerais | 647 | 1.540.758 | 2.381 |
| Amazonas | 93 | 225.661 | 2.426 |
| Rondônia | 69 | 184.449 | 2.673 |
| Rio de Janeiro | 762 | 2.074.685 | 2.723 |
| Bahia | 244 | 736.884 | 3.020 |
| Rio Grande do Norte | 64 | 211.753 | 3.309 |
| Rio Grande do Sul | 422 | 1.475.712 | 3.497 |
| Goiás | 87 | 486.259 | 5.589 |
| São Paulo | 727 | 4.599.171 | 6.326 |
| Santa Catarina | 99 | 704.080 | 7.112 |
| Paraná | 104 | 1.050.369 | 10.100 |

Fonte: Elaboração própria.

As informações da tabela acima permitem concluir que as Defensorias Públicas estaduais instaladas nos estados de Tocantins, Pará, Paraíba, Roraima e Piauí são as que atualmente detêm a situação mais confortável, no que diz respeito à potencial demanda anual. Essa situação se deve, sobretudo, aos respectivos índices médios (anuais) de judicialização da população desses estados, em regra menores do que a média nacional (7,952%) e também ao número de defensores efetivos disponíveis.

Por outro lado, as Defensorias Públicas estaduais instaladas nos estados de São Paulo, Santa Catarina e Paraná são as que receberiam a maior demanda *per capita*, por defensor a cada ano sendo certo que a referida situação se deve também aos respectivos índices médios (anuais) de judicialização da população desses estados, maiores do que a média nacional.

São Paulo, a despeito de ter a segunda maior Defensoria Pública do Brasil, no que diz respeito ao número de defensores efetivos, é o estado mais populoso do país e apresenta o 4º maior índice médio de judicialização da população.

Nos estados de Santa Catarina e Paraná, há poucos defensores efetivos quando se observa a população alvo dos respectivos estados. Importa mencionar que, nesses dois estados, os primeiros concursos para Defensor Público foram realizados há poucos anos, fato que explica em parte a quantidade atual de defensores. Além disso vale mencionar que nesses dois estados da federação, em pesquisa realizada em 2015, os defensores dessas unidades fede-

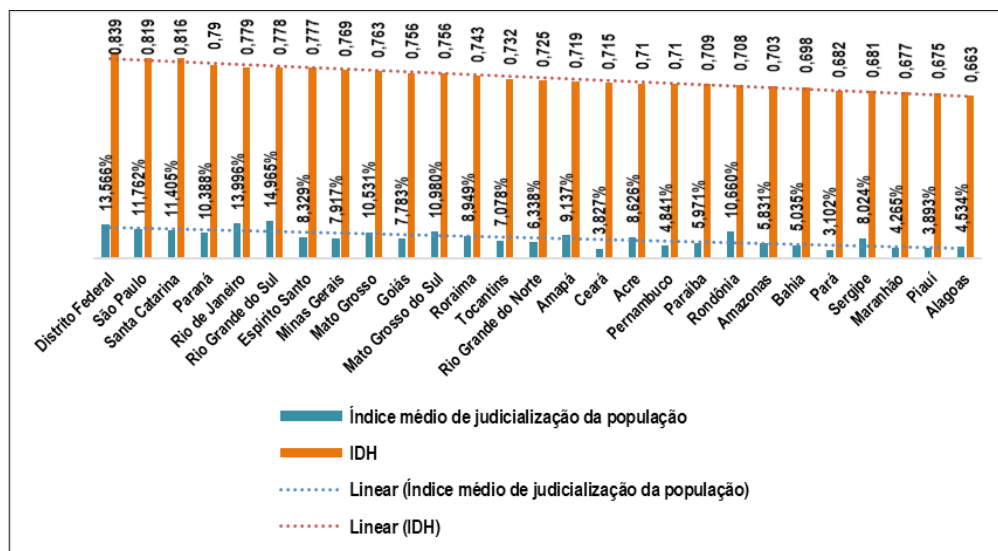
rativas afirmavam que suas instituições eram menos autônomas em relação aos Executivos estaduais, fato que contribui sobremaneira para a situação atual das estruturas disponíveis¹⁴.

Vale dizer que a situação mais ou menos confortável por estado, no que diz respeito as demandas novas anuais apresentadas pela população alvo da Defensoria Pública, não significa necessariamente que exista, ou não, descaso em relação às estruturas montadas para os referidos órgãos. Conforme se vê na tabela 3, cada estado possui um indicador diferente quando se fala em novas demandas.

Assim, há estados nos quais a população regional historicamente demanda mais a justiça do que em outros. E essa diferença em relação a “quem demanda mais ou menos” pode estar relacionada, de certo modo, com uma das barreiras que Cappelletti e Garth denominaram de “**possibilidade das partes**”, especificamente no que diz respeito ao **aspecto educacional** (falta de aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação) e **econômico** (renda).

Considerando essa premissa, a figura 4 a seguir relaciona o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) calculado em 2015 para cada unidade da federação com o respectivo índice médio (anual) de judicialização da população:

Figura 4 – Relação entre o IDH e o índice médio (anual) de judicialização da população das unidades da federação



Fonte: Elaboração própria a partir de informações extraídas do Atlas do Desenvolvimento humano no Brasil.¹⁵

¹⁴ IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Organizadoras, Gabriella Vieira Oliveira Gonçalves, Lany Cristina Silva Brito, Yasmin von Glehn Santos Filgueira. -- Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. p.41, 42.

¹⁵ Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/radar-idhm/>. Acesso em: 25 de jan. 2019.

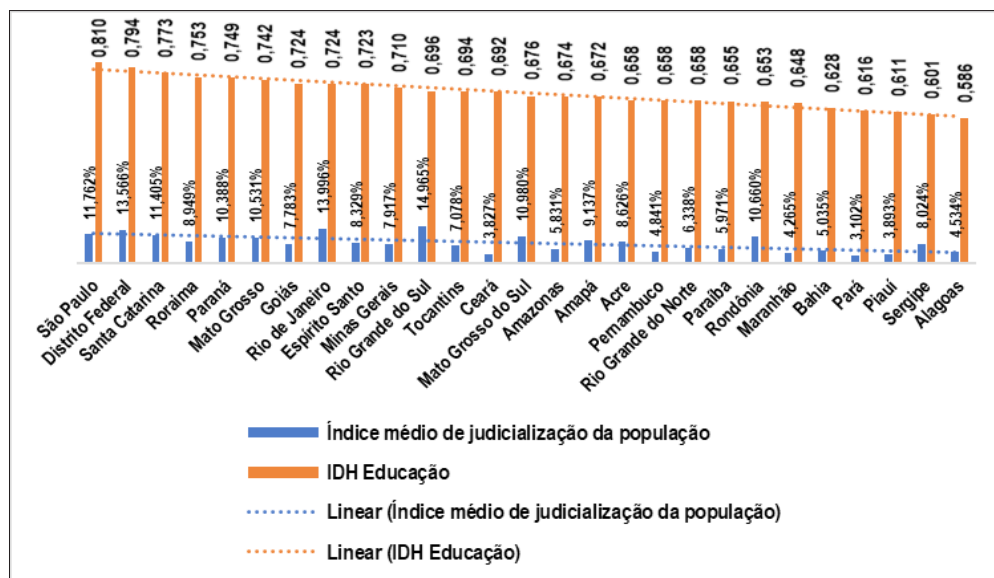
Observação: As informações referentes ao Índice de Desenvolvimento Humano mais recentes disponibilizadas pelo IBGE se referem a 2010. Em face da necessidade de se ter um indicador mais atualizado para a presente pesquisa, optou-se por utilizar o IDH calculado pelo Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil, para o ano de 2015.¹⁶

Observa-se da figura pela linha de tendência pontilhada que expressa o “índice médio de judicialização da população”, que a regra geral nas unidades da federação é a de que nos estados onde o IDH é maior, a taxa de judicialização também é maior. Nesse contexto, vale dizer que o IDH é um indicador utilizado para medir o grau de desenvolvimento humano, combinado, para tanto, três dimensões: **educação, renda e longevidade**. Portanto, os fatores mencionados repercutem diretamente no IDH e, certamente também impactam o índice médio de judicialização de cada estado.

Nesse sentido, de fato, há que se reconhecer que em locais onde o indicador que mede o nível educacional é baixo, a população sequer sabe quais são seus direitos, razão pela qual, não imaginam a possibilidade de demandá-los em juízo. Em decorrência do baixo nível de instrução falta aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação, consoante defendem Cappelletti e Garth. Nesse contexto, a figura 5 apresenta a relação das demandas propostas anualmente por estado e o componente educacional do IDH, calculado para 2015.

¹⁶ Mantido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Fundação João Pinheiro, o Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil engloba o Atlas do Desenvolvimento Humano nos Municípios e o Atlas do Desenvolvimento Humano nas Regiões Metropolitanas. Trata-se de uma plataforma de consulta ao Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) de 5.565 municípios brasileiros, 27 Unidades da Federação (UF), 21 Regiões Metropolitanas (RM) e 3 Regiões Integradas de Desenvolvimento (RIDE) e suas respectivas Unidades de Desenvolvimento Humano (UDH). O Atlas traz, além do IDHM, mais de 200 indicadores de demografia, educação, renda, trabalho, habitação e vulnerabilidade, com dados extraídos dos Censos Demográficos de 1991, 2000 e 2010.

Figura 5 – Relação entre o **IDH-Educação** e o índice médio (anual) de judicialização da população das unidades da federação



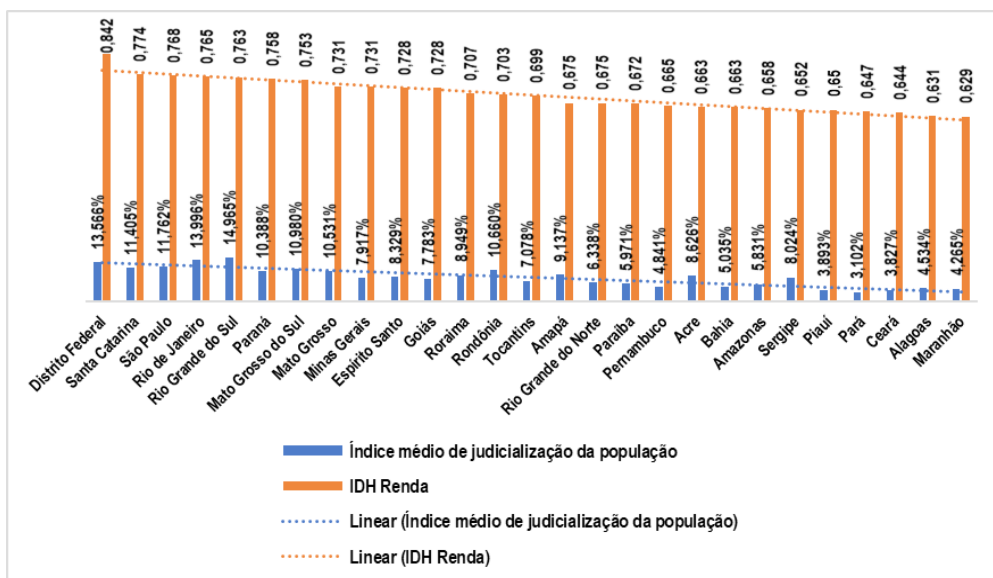
Fonte: Elaboração própria a partir de informações extraídas do Atlas do Desenvolvimento humano no Brasil¹⁷

Novamente, observa-se da figura, pela linha de tendência pontilhada que expressa o “índice médio de judicialização da população” que a regra geral nas unidades da federação é a de que nos estados onde o **IDH-Educação** é maior, a taxa de judicialização também é maior. Infere-se, portanto, que onde a educação é mais desenvolvida, as pessoas têm uma melhor compreensão de seus direitos, fato que as leva a buscar, em maior grau, a tutela do estado.

Da mesma forma, a renda das pessoas também influencia no índice de judicialização. Nesse sentido, a figura 6 mostra a relação das demandas propostas anualmente por estado e o componente econômico (renda) do IDH, calculado para o ano de 2015.

¹⁷ Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/radar-idhm/>. Acesso em: 25 de jan. 2019.

Figura 6 – Relação entre o **IDH-Renda** e o índice médio (anual) de judicialização da população das unidades da federação



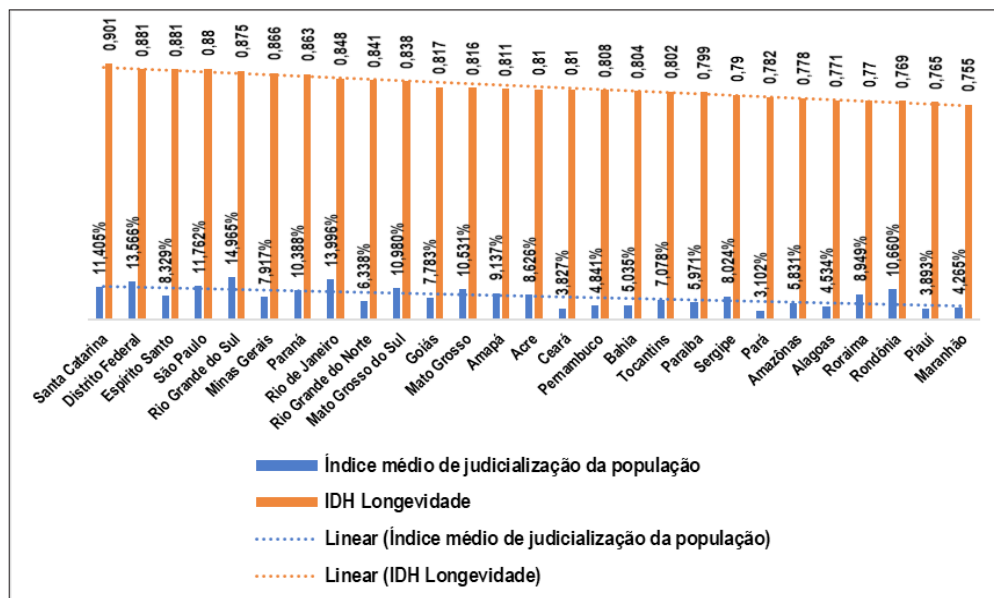
Fonte: Elaboração própria a partir de informações extraídas do Atlas do Desenvolvimento humano no Brasil¹⁸

Observa-se pela linha de tendência pontilhada que expressa o “índice médio de judicialização da população”, no que diz respeito ao critério de renda que, de igual forma, a regra geral nas unidades da federação é a de que onde o **IDH-Renda** é maior, a taxa de judicialização também é maior. Assim, é possível também inferir que o capital econômico repercute de fato na intenção das pessoas de buscarem uma tutela jurisdicional.

No que diz respeito ao critério longevidade, por óbvio, é de se esperar que nos locais onde as pessoas vivem por mais tempo, haverá uma maior propensão para demandar em juízo. Nesse contexto, a linha de tendência pontilhada que expressa o “índice médio de judicialização da população”, apresentada na figura 7 a seguir, comprova a assertiva colocada.

¹⁸ Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/radar-idhm/>. Acesso em: 25 de jan. 2019.

Figura 7 – Relação entre o **IDH-Longevidade** e o índice médio (anual) de judicialização da população das unidades da federação



Fonte: Elaboração própria a partir de informações extraídas do Atlas do Desenvolvimento humano no Brasil¹⁹

Das figuras apresentadas, extrai-se que os cinco estados nos quais a média anual de casos **novos é maior** (Rio Grande do Sul P 14,965%, **1º**; Rio de Janeiro P 13,996%, **2º**; Distrito Federal P 13,566%, **3º**; São Paulo P 11,762%, **4º**; Santa Catarina P 11,405%, **5º**) **o IDH também está entre os maiores do País** (Rio Grande do Sul, IDH P 0,778, **6º**; Rio de Janeiro, IDH P 0,779, **5º**; Distrito Federal, IDH P 0,839, **1º**; São Paulo, IDH P 0,819, **2º**; Santa Catarina, IDH P 0,816, **3º**).

Na outra ponta, destacam-se os estados nos quais a média anual de casos novos é mais baixa (Pará P 3,102%, **27º**; Piauí P 3,893%, **25º**; Maranhão P 4,265%, **24º**; Alagoas P 4,534%, **23º**; Bahia P 5,035%, **21º**) e a respectiva relação com o IDH entre os menores do país (Pará, IDH P 0,682, **23º**; Piauí, IDH P 0,675, **26º**; Maranhão, IDH P 0,677, **25º**; Alagoas, IDH P 0,663, **27º**; Bahia, IDH P 0,698, **22º**).

Diante dos resultados encontrados, observa-se que nas unidades da federação mais carentes, o nível mais baixo de demandas novas está relacionado com fatores educacionais e de renda. Nesse contexto, para que o acesso à justiça nesses estados caminhe em direção ao pleno atendimento, além de dotar as Defensorias Públicas de estruturas adequadas e compatíveis com as respectivas demandas regionais, cabe ao poder público estimular por meio de campanhas educacionais específicas, a disseminação de informações que permitam às

¹⁹ Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/radar-idhm/>. Acesso em: 25 de jan. 2019.

pessoas mais carentes compreender quais são seus direitos e onde eles podem ser buscados.

Por óbvio, o desejável é que a política estatal seja mais ampla, de forma a permitir que todas as pessoas recebam do estado “educação adequada”. Assim, com a melhora do aspecto educacional, as pessoas passam a ter mais acesso às informações bem como aprendem a compreendê-las de forma a discernir seus direitos e buscá-los por meio dos caminhos disponíveis.

REFLEXÕES FINAIS

Os desafios no caminho para democratizar o acesso à justiça, de forma que sejam alcançadas “todas” as pessoas é enorme, em especial, em países com dimensões continentais e que comportem expressiva pluralidade cultural, social e econômica. Este é o caso do Brasil, que possui uma grande área geográfica com características físicas variadas, além de enormes diferenças regionais no que diz respeito à educação e renda. Portanto, oportunizar o acesso à justiça é especialmente mais complexo em países nos quais a desigualdade social e a pobreza apresentam números relevantes.

Além disso, o “acesso à justiça” é expressão ampla e que pode representar uma pluralidade de acepções. No presente estudo, a abordagem foi delimitada, para avaliar em que medida às 27 unidades da federação, com suas características socioculturais inerentes, têm viabilizado a assistência judiciária gratuita às populações mais carentes, por meio das respectivas Defensorias Públicas.

Ao longo da pesquisa, foi possível observar que na grande maioria dos estados, a quantidade de defensores efetivos aumentou, passando de 5.054 em 2013 para 5.972 em janeiro de 2019 representando um acréscimo de 18,16%. Esta primeira constatação demonstra que os estados, de forma geral, buscaram dotar “o órgão responsável por prestar assistência judiciária gratuita para as pessoas mais carentes” de estrutura profissional adequada. No entanto, os esforços empreendidos não foram suficientes para acompanhar o aumento da população com renda inferior à 3 salários mínimos, grupo que foi considerado nessa pesquisa, como sendo alvo do trabalho prestado pelas Defensorias Públicas. Diante de tal fato, a relação que considera a população alvo por defensor piorou desde 2013, para a grande maioria das unidades da federação, exceto nos estados de Rondônia, Piauí, Maranhão, Amazonas e Rio Grande do Norte.

Nesse sentido, considerando como parâmetro, a relação recomendada pelo Ministério da Justiça e PNUD, no sentido de que deve haver um defensor público para cada dez mil ou, no máximo, 15 mil que possam ser considerados alvo da Defensoria Pública, atualmente, apenas 4 (quatro) estados cumpririam a referida proporção, quais sejam: Distrito Federal, Roraima, Mato Grosso do Sul e Tocantins.

A pesquisa também identificou que os índices médios de demandas novas por estado membro, por ano, apresentam diferenças sensíveis. Há, portanto, estados nos quais o índice de demandas novas é historicamente maior que em outros. Tal observação levou

a pesquisa a identificar os fatores que, em cada estado, podem contribuir para explicar as diferenças. Nesse sentido, constatou-se que, em estados que apresentam IDH maior, a taxa de judicialização por ano é maior, e, ao contrário, nos estados que ostentam IDH menor, o índice de demandas novas por ano, diminui. Como o IDH leva em consideração os fatores renda, educação e longevidade, a pesquisa infere que tais fatores repercutem diretamente na submissão de demandas novas ao poder judiciário. Assim, onde o nível de educação e renda é maior, maior será o número de demandas novas apresentadas.

Essa constatação permitiu validar de forma empírica uma das barreiras que Cappelletti e Garth denominaram de “**possibilidade das partes**”, especificamente no que diz respeito ao **aspecto educacional** (falta de aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação) e **econômico** (renda). Isso porque, sem reconhecer um direito, as pessoas não buscam esse direito. Nesse sentido,

Quem não compreende o mundo do qual participa, quem vive segundo uma perspectiva fechada que impede uma compreensão maior e melhor da sociedade, da história, da economia e do outro, certamente proporrá postulações fracas, construirá decisões pífias e interferirá de modo medíocre nas tensões do mundo, para dizer o menos.²⁰

Os dados empíricos processados permitiram visualizar que os cinco estados nos quais a média anual de casos novos é maior (Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Distrito Federal, São Paulo e Santa Catarina) o IDH também está entre os maiores do País.

Por outro lado, os dados demonstram que nos estados nos quais a média anual de casos novos é mais baixa (Pará, Piauí, Maranhão, Alagoas e Bahia), o IDH está entre os menores do Brasil.

Diante dos resultados encontrados na pesquisa, restou evidenciado, no Brasil, o descompasso entre o direito e a realidade social. Aflorou a influência dos fatores educacionais e de renda na taxa de demanda por unidade da federação.

Portanto, para que o acesso à justiça caminhe em direção ao pleno atendimento, além de dotar as Defensorias Públicas de estruturas adequadas e compatíveis com as respectivas demandas regionais, é extremamente recomendável que poder público estimule a disseminação de informações, por meio de políticas educacionais, que permitam às pessoas mais carentes compreender quais são seus direitos e onde eles podem ser buscados.

²⁰ AGUIAR, Roberto A. R. de. **Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 63. Apud MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 15.

REFERÊNCIAS

Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br>. Acesso em 16 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.defensoria.df.gov.br/>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado da Bahia.** Disponível em: <http://www.defensoria.ba.def.br/>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado da Paraíba.** Disponível em: <https://www.defensoria.pb.def.br/>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Alagoas.** Disponível em: <http://www.defensoria.al.gov.br/>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Goiás.** Disponível em: <http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.** Disponível em: <http://www.defensoria.ms.gov.br/>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <https://www.defensoria.mg.def.br/>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Pernambuco.** Disponível em: <http://defensoria.pe.def.br/>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Rondônia.** Disponível em: <https://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Roraima.** Disponível em: <http://www.defensoria.rr.def.br/>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina.** Disponível em: <http://www.defensoria.sc.gov.br>. Acesso em 21 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de São Paulo.** Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/>. Acesso em 21 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Sergipe.** Disponível em: <http://www.defensoria.se.def.br/>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado de Tocantins**. Disponível em: <http://www.defensoria.to.def.br/>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Acre**. Disponível em: <http://www.defensoria.ac.gov.br/>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Amapá**. Disponível em: <https://defenap.portal.ap.gov.br/>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Amazonas**. Disponível em: <https://www.defensoria.am.def.br/>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Ceará**. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.def.br/>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: <http://www.defensoria.es.def.br/site/>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Maranhão**. Disponível em: <https://defensoria.ma.def.br/dpema/index.php/SiteInstitucional>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso**. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Pará**. Disponível em: <http://www2.defensoria.pa.def.br/portal/>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Paraná**. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Piauí**. Disponível em: <http://www.defensoria.pi.def.br/>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/>. Acesso em 24 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte**. Disponível em: <https://www.defensoria.rn.def.br/>. Acesso em 24 de janeiro de 2019.

_____. **Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/inicial>. Acesso em 24 de janeiro de 2019.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br>. Acesso em 8 de janeiro de 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, André Luis Machado de; CUSTÓDIO, Rosier Batista; MOURA, Tatiana

Whately. SÁ e SILVA, Fábio. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 1. ed. Brasília: IPEA, 2013.

Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/>. Acesso em 18 de janeiro de 2019.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitaó; PEDROSO, Joao; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Organizadoras, Gabriella Vieira Oliveira Gonçalves, Lany Cristina Silva Brito, Yasmin von Glehn Santos Filgueira. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

DIREITO À SEGURIDADE
SOCIAL E TRABALHO

RIGHT TO SOCIAL SECURITY AND WORK

QUESTÃO PROBATÓRIA NAS DEMANDAS ENVOLVENDO ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO

DOMESTIC EMPLOYMENT'S MORAL HARASSMENT AND PROBATORY ISSUES

Ana Paula Villas Boas

*Mestranda em Direito Constitucional pelo
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Defensora Pública Federal*

anapaulavb@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a questão probatória nas demandas envolvendo assédio moral na relação de emprego doméstico. Para se alcançar a finalidade supramencionada, utiliza-se a metodologia de revisão bibliográfica e jurisprudencial, ou seja, uma pesquisa exploratória com o escopo de buscar esclarecer e ampliar os conhecimentos sobre a problemática a ser desenvolvida. A vulnerabilidade dos trabalhadores domésticos tem raízes históricas sociológicas, delatando uma sociedade de mentalidade escravocrata, que naturaliza a superexploração e a violação de direitos humanos em relação àquele nicho de trabalhadores. Tal realidade resvalou no Direito, no sentido negativo de alijar os domésticos da proteção jurídica, negando-lhes direitos mais do que reconhecendo. As conquistas mais expressivas, relacionadas ao trabalho doméstico, foram implementadas somente nos últimos cinco anos, sendo possível afirmar que temos uma quase equiparação daquela categoria com as demais categorias de trabalhadores. No entanto, ainda há muitas disparidades, e no campo processual se vê a nota da vulnerabilidade dos domésticos nos seus poucos instrumentos para provar a violação de direitos, como é o caso do assédio moral, comprometendo-se o acesso à Justiça.

Palavras-chave: Trabalho doméstico. Assédio Moral. Provas. Vulnerabilidade

ABSTRACT

This present work has as general objective to analyze the probatory issue in the demands involving moral harassment in the domestic employment's relationship. In order to achieve the aforementioned purpose, the methodology of bibliographical and jurisprudential review are used. Therefore, it was made an exploratory research with the scope of seeking to clarify and broaden the knowledge about the problematic to be developed. The vulnerability of domestic workers has historical sociological roots, betraying a society of slave-like mentality, which naturalizes the overexploitation and violation of human rights in relation to that niche of workers. This reality has slipped in the law, in the negative sense of eliminating the domestic legal protection, denying them rights more than recognizing. The most expressive achievements related to domestic work have been implemented only in the last five years and it is possible to affirm that we are almost equal with the other categories of workers. However, there are still many disparities and in the procedural field one can see the vulnerability of the domestic ones in their meager instruments to prove the violation of rights, as is the case of bullying, compromising access to justice.

Keywords: Domestic work. Moral Harassment. Evidences. Vulnerability.

Data de submissão: 14/12/2018

Data de aceitação: 15/01/2020

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO 1. ENFRENTAMENTO E LUTA POR ESPAÇOS DE RECONHECIMENTO 2. HISTÓRICO DE (DES)PROTEÇÃO JURÍDICA 3. ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO E QUESTÕES PROBATÓRIAS 4. METODOLOGIA - RESULTADOS DA PESQUISA: ASSÉDIO MORAL POR XINGAMENTOS, GRITOS, HUMILHAÇÃO, E ACUSAÇÃO DE FURTO 5. PRÁTICAS NÃO CONVENCIONAIS NO PROCESSO DO TRABALHO QUE DEVEM SER PROMOVIDAS COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O trabalho doméstico constitui labor fortemente marcado pelos ranços da escravidão. Quiçá estejamos diante da categoria de trabalhadores – geralmente trabalhadoras, dada a expressividade do gênero feminino entre os domésticos – que mais simboliza a superexploração do trabalho no mundo moderno, sobretudo pela natureza exaustiva do trabalho e pelas jornadas excessivas a que são submetidas.

A categoria, que sempre sofreu desvalorização social, mobilizou-se historicamente pela

conquista da equiparação dos direitos trabalhistas com os trabalhadores urbanos, luta esta que gerou frutos tardios. Os dois grandes marcos normativos que alçaram os trabalhadores domésticos ao que há de mais próximo da equiparação com os demais trabalhadores foram a Emenda Constitucional nº 73/2013 e a Lei Complementar nº 150/2015. Antes disso, foram longos anos relegados à invisibilidade, inclusive com seus direitos expressamente excluídos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, desde 1943.

É de se notar que, apesar das recentes conquistas, a sociedade ainda não se conscientizou plenamente desse patamar de dignidade conquistado no plano legal pelos trabalhadores domésticos, de modo que ainda se reproduzem padrões de comportamento abusivos e de negação de direitos.

Nesse contexto, é interessante refletir, do ponto de vista sociológico, que, ao se narrar o fenômeno social do ponto de vista do “dominador”, a realidade não é retratada integralmente. Isso porque, ao se dar voz ao subalterno, o que se verifica é uma série de distorções, como é o caso do discurso do dominador segundo o qual “a empregada doméstica é tratada como membro da família”. Tal discurso é desmentido contundentemente quando se permite o protagonismo de um discurso contra-hegemônico. É dizer: as empregadas não se sentem como tal.

Deveras, o serviço doméstico desvela uma ambiguidade afetiva¹, em que há uma intimidade com a família, no cuidado dos filhos e troca de carinhos com as crianças e de informações privadas sobretudo com as patroas, gerando até certa cumplicidade entre as figuras do empregador e do trabalhador. No entanto, ao mesmo tempo subsiste uma forte carga de hierarquia, demarcados os papéis de chefe e de subalterno, sendo inequívoca a existência dessa relação hierárquica.

Tal relação se desdobra em múltiplas formas de subordinação, relacionadas à classe, à raça e ao gênero. E foi justamente essa interseccionalidade que propiciou o processo de fortalecimento político das trabalhadoras domésticas no Brasil, pois o empoderamento da categoria tem intensa relação com os movimentos classistas, negros e feministas, não podendo se omitir, além desses, o papel da Igreja Católica no dito processo.²

A discriminação de raça e gênero ínsita às relações de emprego doméstico gerou preocupação no âmbito internacional em relação ao trato isonômico bem como à garantia de um trabalho decente aos domésticos, firmando-se a Convenção da OIT sobre trabalho decente para empregadas domésticas, que decorreu de muitas discussões por parte dos delegados tripartites, pressupondo-se que:

O trabalho doméstico é uma das atividades para as quais a noção de trabalho decente tem especial importância e, considerando as discriminações de gênero e raça envolvidas, tem estreita relação com a questão mais ampla da igualdade de oportunidades e tratamento no

¹ BRITES, Jurema. **Afeto e desigualdade:** gênero, geração e classe entre empregadas domésticas e seus empregadores, p. 94.

² BERNARDINO-COSTA, Joaze. **Saberes Subalternos e Decolonialidade:** os sindicatos das trabalhadoras domésticas no Brasil. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 120.

mundo do trabalho³,

No bojo do documento internacional, esclarece-se a noção de “trabalho decente” no seguinte sentido:

Conceito formalizado pela OIT, em 1999, que sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável⁴.

Em razão de graves violações de direitos humanos deflagradas em face da categoria ora estudada, pode-se dizer que estamos muito distantes do ideal do conceito acima descrito de trabalho decente, havendo ainda um longo percurso, a despeito dos avanços legislativos reportados, para a introjeção de uma nova cultura de respeito ao trabalho doméstico no país.

No âmbito do emprego doméstico se verifica o fenômeno a segregação ocupacional de gênero de forma acentuada: segundo a Organização Internacional do Trabalho, em 2016, o Brasil tinha 6,158 milhões de trabalhadores domésticos, dos quais 92% eram mulheres - Desses 92%, apenas 32% possuem carteira de trabalho assinada⁵. Ou seja, dois terços das domésticas estão compondo a cifra da informalidade.

Isso acontece sobretudo pela divisão sexual do trabalho envolvendo o trabalho reprodutivo. Deveras, a divisão sexual do trabalho no âmbito doméstico tem total pertinência com a classificação do tempo do trabalho em “trabalho pago” (mercado) e “trabalho não pago” (doméstico), sendo certo que os trabalhos femininos, pago e não pago, revelam uma marcante desigualdade de gênero no uso do tempo para o trabalho no Brasil. Está claro que as mulheres invariavelmente trabalham mais do que homens, e muito embora a contribuição dos homens tenha aumentado ao longo dos anos, as mulheres fazem pelo menos duas vezes mais trabalho doméstico que os homens.⁶

Culturalmente, há uma divisão naturalizada entre o trabalho reprodutivo e o produtivo, atribuindo-se o primeiro às mulheres como uma atividade inerente ao gênero. O trabalho de reprodução social, que é dedicado a atividades para manutenção da sobrevivência humana, é considerado “não trabalho”, sendo marginalizado, ao passo que o trabalho produtivo é, em contrapartida, valorizado e exercido também pelas mulheres, sobre as quais recai, em expressiva maioria, a conhecida dupla jornada.

No âmbito do Judiciário, observa-se esse fato social (da dupla jornada exercida pelas mulheres) sendo reconhecido para se aferir a constitucionalidade de dispositivos que de

³ http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-domestico/WCMS_169517/lang-pt/index.htm. Acesso em: 18 jan. 2018.

⁴ *Idem*

⁵ <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-domestico/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

⁶ PINHEIRO, Luana Simões, MEDEIROS, Marcelo. **Desigualdades de gênero em tempo de trabalho pago e não pago no Brasil**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

certa forma favorecem as mulheres. É o caso do art. 384 da CLT (que impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher), dispositivo, contudo, que foi revogado pela Lei 13.467/17. De toda sorte, a decisão foi emblemática por destacar a diferenciação fisiológica e psicológica entre homens e mulheres, salientando o maior desgaste natural da mulher trabalhadora, sem se olvidar da dupla jornada de trabalho a que as mulheres se submetem, as quais suportam maior peso na administração da casa e da educação dos filhos.⁷ E o mesmo fundamento lastreia a constitucionalidade da diferenciação dos critérios para aposentadoria da mulher.

O recorte de gênero, ora apontado, é uma das facetas da vulnerabilidade da trabalhadora doméstica no contexto brasileiro, mas não podemos nos olvidar da transversalidade da questão racial, da questão social e da mais perversa violação de direitos humanos que é o trabalho doméstico infantil.

Segundo a Convenção da OIT sobre as piores formas de trabalho infantil (Convenção nº 182), ratificada pelo Brasil em 02/02/2000, prevê entre eles o trabalho doméstico. No Brasil, segundo o Pnad (IBGE) de 2015, ainda há 2,7 milhões de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil no país. Também é alarmante que o trabalho infantil entre crianças de cinco a nove anos aumentou 12,3% entre 2014 e 2015, passando de 70 mil para 79 mil⁸. A maioria dessas crianças são meninas, e muitas delas realizam trabalho doméstico em consequência de serem vítimas de trabalho forçado ou de tráfico de pessoas. Ou seja, cuida-se de realidade sobremaneira preocupante e assoladora.

1. ENFRENTAMENTO E LUTA POR ESPAÇOS DE RECONHECIMENTO

Sobre o enfrentamento das violações de direito envolvendo trabalho doméstico, atribui-se ao processo de fortalecimento político das domésticas no Brasil as conquistas legislativas, muito embora tardias, em reconhecimento à dignidade desse importante ramo do trabalho. Isso porque representou uma ruptura do silenciamento e a emersão de um discurso contra hegemônico que conquistou, pouco a pouco, um espaço também no mundo jurídico.

Foi árduo o processo de construção de associações e sindicatos daquela categoria profissional, valendo destacar a importância da interseccionalidade nessa articulação política com outros atores sociais, especialmente movimentos classistas, feministas e negros, o que propiciou o fortalecimento político e o empoderamento das trabalhadoras domésticas no país⁹:

(...) é evidente que se estabeleceu uma relação de mão dupla entre o movimento das trabalhadoras domésticas e os movimentos negro, fe-

⁷ TST. RECURSO DE REVISTA: RR-1540/2005-046-12-00.5, 7ª Turma, Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DJ: 04/05/2009.

⁸ <http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018.

⁹ BERNARDINO-COSTA, Joaze. **Saberes Subalternos e Decolonialidade**: os sindicatos das trabalhadoras domésticas no Brasil. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 73.

minista e sindical, no sentido de que tanto o Sindoméstico leva as suas reivindicações específicas para o interior desses movimentos quando traz as contribuições desse movimento para a própria categoria¹⁰.

Foram expressivas as manifestações públicas das empregadas domésticas engajadas na luta por um patamar de direitos mínimo, seja nos Encontros e Congressos Nacionais das Trabalhadoras Domésticas, passeatas, mobilizações em frente às Assembleias Legislativas dos Estados, boletins do sindicato, além de participação em fóruns feministas, de movimento negro. Entre as reivindicações da categoria, se destacam a jornada de trabalho de 40 horas semanais, o direito ao 13º salário, ao descanso semanal remunerado, ao FGTS obrigatório e ao seguro-desemprego.

Além da pauta trabalhista, também se engajaram na luta por direitos outros, como o de morar na própria casa, o que era visto até como uma pré-condição para a formação da consciência de classe¹¹, rompendo-se os laços com a patroa e construindo um espaço de liberdade. Some-se a isso o combate à discriminação no uso do elevador social, o que gerou muita polêmica e manifestações dos trabalhadores domésticos, e todas as discussões sobre o resgate da autoestima da categoria, que sempre sofreu com a vergonha e o estigma de mencionar sua profissão. Enfim, registrem-se as atuações no combate à discriminação racial e ao assédio sexual.

A colaboração da Igreja Católica no fortalecimento da articulação nacional das trabalhadoras domésticas, por meio dos grupos da Pastoral da Doméstica, focada na questão de classe e na valorização da pessoa humana foi essencial.¹² Também é de se registrar o relacionamento com movimentos classistas, especialmente a CUT.

Aos poucos a categoria foi construindo um movimento nacional, congregando sindicatos e associações. Como importante marco cita-se a criação da FENATRAD – Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas – em 1997, responsável por qualificar a articulação e dar maior visibilidade às trabalhadoras. A aprovação da EC nº 72/2013 e da Convenção e Recomendação sobre trabalho decente para as trabalhadoras domésticas da OIT em 2011 são resultado direto da atuação da Fenatrad.¹³

2. HISTÓRICO DE (DES)PROTEÇÃO JURÍDICA

É inquestionável a importância do trabalho doméstico remunerado como uma atividade essencial para o bom funcionamento da economia, por viabilizar a reprodução social e da força de trabalho. No entanto, apesar de sua relevância central para a organização social e econômica do país, o trabalho doméstico ainda se caracteriza pela invisibilidade, desvalorização, informalidade, baixos salários e violações aos direitos da categoria.

¹⁰ *Ibidem*, p. 152.

¹¹ *Idem*, p. 106.

¹² *Idem*, p. 120.

¹³ *Idem*, p. 207.

Na seara do Direito, o que se verifica historicamente é uma expressa segregação daquele nicho de trabalhadores, podendo-se falar, mais propriamente, de um histórico de desproteção jurídica. A começar pela CLT, de 1943, que na sua redação dada pelo Decreto-lei nº 8.079, 11.10.1945 excluiu o trabalho doméstico do seu campo de aplicação:

Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, ao tratar do ciclo de institucionalização da cidadania trabalhista doméstica, elaboraram uma interessante categorização baseada em níveis de cidadania proporcionados pela ordem jurídica na tutela dos interesses da categoria profissional estudada. Cuida-se de três ciclos:¹⁴

Cidadania deflagrada. O parâmetro normativo é a Constituição de 1988. Antes disso o que se observava era uma exclusão civilizatória¹⁵ acentuada, em que a proteção jurídica era muito tímida. A Lei 5.859/72 limitava-se a garantir, como direitos trabalhistas, a assinatura da Carteira de Trabalho e a concessão de férias anuais remuneradas de 20 dias úteis. A categoria tinha uma cidadania mínima, sendo que o ciclo de institucionalização da cidadania trabalhista doméstica se inaugurou com a Carta de 1988, prevendo um rol de doze direitos aos trabalhadores domésticos, apesar de ainda persistirem muitas omissões.

Cidadania ampliada. Com a Lei nº 11.324/06, ampliou-se a garantia de direitos aos domésticos, acrescentando-se o descanso semanal em feriados, 30 dias de férias, garantia de emprego à gestante, proibição de desconto no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia, além de criar incentivo fiscal ao empregador doméstico. Some-se a esse diploma a aprovação da lista TIP em 2008 (Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil), em que incluiu o serviço doméstico, e a Lei nº 12.506/2011 que finalmente regulamentou o aviso prévio proporcional.

Cidadania consolidada. Por fim, a Emenda Constitucional nº 72/2013 e a Lei Complementar nº 150/2015, sendo que a primeira estendeu 16 novos direitos aos empregados domésticos, remetendo, porém, alguns deles à regulamentação legal, o que foi implementado em 2 de junho de 2015 com a LC 150. Uma das conquistas mais marcantes da categoria doméstica proporcionada pela EC foi a jornada de trabalho. Com a Lei Complementar referida, completou-se a plenitude do ciclo de institucionalização da cidadania trabalhista para

¹⁴ O novo manual do trabalho doméstico – com os comentários aos artigos da LC n. 150/2015. 2ª ed., São Paulo: LTR, 2016.

¹⁵ Idem, p. 17.

a categoria doméstica (DELGADO, DELGADO: 2-2016, p. 25).

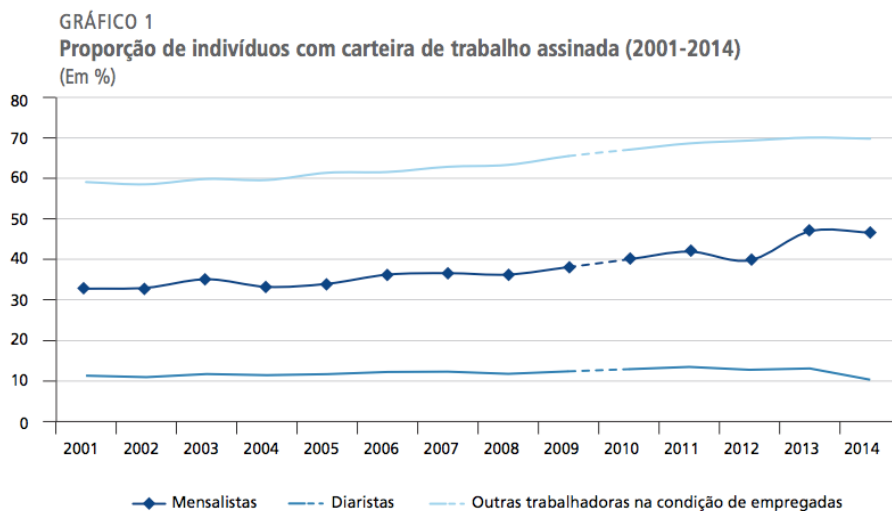
Note-se que somente em 1988, com a Constituição Cidadã, é que reconheceu o direito à sindicalização dos trabalhadores domésticos. Em razão disso, muitas associações que existiam foram transformadas em Sindicato dos Trabalhadores Domésticos, como aconteceu no Rio de Janeiro, por exemplo. Isso explica o maior empoderamento da categoria, o que contribuiu sobremaneira para a conquista dos direitos supervenientes.

Esse histórico relacionado à tutela de direitos, portanto, é majoritariamente marcado pela desproteção, de modo que o trabalho doméstico por muitos anos esteve distante do conceito de trabalho decente no Brasil. A proteção veio assumir proporções consideráveis somente com a Emenda Constitucional nº 73/2015, bem como a Lei Complementar nº 150/2015, que representaram uma relevante conquista, sendo pertinente destacar, porém, que a eficácia dessas normas ainda está em construção.

De acordo com pesquisa feita com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) nos anos de 2011 a 2014, sobre os efeitos da EC 72/2013 para o grupo das empregadas domésticas (mensalistas), maiores de 18 anos de idade e em áreas urbanas¹⁶, observou-se:

- a) O aumento da probabilidade de mensalistas terem a CTPS assinada (ou seja, o aumento da formalidade).

Gráfico 1: probabilidade de mensalistas terem a CTPS assinada

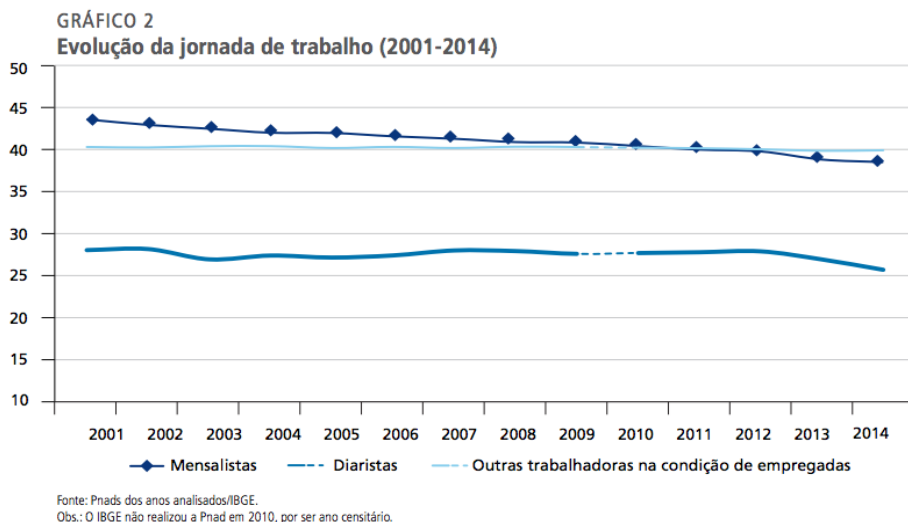


Fonte: Pnads dos anos analisados/IBGE.
Obs.: O IBGE não realizou a Pnad em 2010, por ser ano censitário.

¹⁶ COSTA, Joana Simões de Melo, BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda e HIRATA, Guilherme. **Efeitos da Ampliação dos Direitos Trabalhistas sobre as condições de trabalho das empregadas domésticas**. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

b) A redução da jornada de trabalho.

Gráfico 2: Redução da jornada de trabalho



Ou seja, houve um aumento e 7% na taxa de formalização de mensalistas (nos seis meses após a EC 72, mantendo-se estável nos 12 meses seguintes). Muito embora não se saiba se o acréscimo decorreu da transição da informalidade para a formalidade das mensalistas ou se foi uma mudança na composição do grupo de mensalistas (inserindo-se diaristas).

Também se observou, após a alteração legislativa, a redução de 0,5 hora a jornada das empregadas domésticas mensalistas, o que não surtiu efeito entre as diaristas. De todo modo, é certo que tal impacto ainda é inexpressivo, ainda mais diante da jornada excessiva usualmente desempenhada trabalhadoras domésticas, o que é fato notório.

3. ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO E QUESTÕES PROBATÓRIAS

Nos atendimentos prestados a trabalhadores domésticos na experiência prática da pesquisadora¹⁷, verifica-se que muitos relatos referentes a abusos de ordem moral praticados pelo empregador (ou empregadores) têm sido repesados, não sendo pleiteada a reparação civil desde o início ou, quando o caso é submetido ao Judiciário, o resultado mais provável é que seja julgado improcedente por não ter lastro probatório ou por insuficiência das provas.

¹⁷ Aqui tem-se como referência prática as demandas apresentadas perante a Defensoria Pública da União, considerando que a autora deste trabalho atua como Defensora Pública Federal em Brasília/DF, na especialidade trabalhista, desde 2012 até a publicação deste artigo.

Os relatos dizem respeito, sobretudo, a xingamentos, humilhações, injúrias raciais, acusações de furto e a imposição de uma jornada exaustiva, todas essas condutas caracterizadas de dano de natureza extrapatrimonial. Quando algum ou alguns membros da família menosprezam a trabalhadora, a desqualificam, insinuem que está furtando, por exemplo, e o fazem sistematicamente, praticam assédio moral. Ademais, quando a sujeitam a uma jornada exaustiva, pode-se entender que precisamente incorrem dano existencial.

Alusões frequentes de assédio moral dizem respeito à gravidez da empregada, o que é encarado com insensibilidade e mesmo negatividade pelos empregadores, temendo as possíveis faltas e o déficit de desempenho da gestante. Muitas vezes, aqueles praticam o assédio moral com intuito de forçar a empregada a pedir demissão para não ter que arcar com os ônus da estabilidade da gestante, raramente preocupados com a vulnerabilidade da empregada e do nascituro.

O assédio moral é rotineiro nas relações de emprego doméstico, e é mais grave nesses casos porque é ocultado pelos intramuros da relação, tornando o trabalhador invisibilizado e, assim, mais desprotegido pelos mecanismos de coibição da violência pelo Estado. Ademais, reproduz uma dominação histórica, em que se legitimava toda sorte de violência em face do trabalhador doméstico, reificado pela escravidão, o que ainda produz seus efeitos no ranço escravocrata presente na mentalidade dos empregadores do século XXI.

Para se configurar o assédio moral na relação de emprego doméstico, é necessário que a conduta abusiva do empregador (e, aqui, vale destacar que o empregador doméstico é qualquer membro familiar para quem o doméstico preste serviços) se dê de forma sistemática, reiterada, e não pontualmente. A violação aos direitos da personalidade do trabalhador pode ocorrer de diversas formas, sempre afrontando a dignidade deste. Entre as consequências dessa violência, pode-se citar o estresse, ansiedade, depressão e distúrbios psicossomáticos.

A pensadora francesa Marie-France Hirigoyen, propõe uma precisa definição da violência aqui estudada, que merece transcrição:

o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho¹⁸.

Pontue-se que as agressões que acontecem uma vez ou esporadicamente podem caracterizar danos morais, também passíveis de reparação civil. O recorte metodológico do presente estudo, porém, diz respeito tão-somente ao assédio moral, não abrangendo o tema genérico do “dano moral”, que é bem mais amplo. O que se visa, portanto, são os danos morais por assédio moral reconhecidos pelo Judiciário.

Os pedidos de danos morais, na Justiça do Trabalho, geralmente estão associados ao descumprimento de deveres legais (tais como falta de anotação da CTPS, a retenção indevi-

¹⁸ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: a violência perversa do cotidiano**, p. 17.

da da carteira profissional, a ausência de contribuição previdenciária ao longo do pacto laboral, a título de exemplo). Também é comum o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais em caso de doença do trabalho, o que não é o foco.

Quanto à menção de assédio moral relacionado à exigência de trabalho excessivo, entende-se que a conduta não se enquadra exatamente no conceito de dano moral estrito senso ou de assédio moral, mas sim de dano existencial, que é uma das modalidades de dano extrapatrimonial. É uma conduta perversa e bastante preocupante na seara do trabalho doméstico, por privar o trabalhador dos seus projetos de vida, das formas de manifestação da sua liberdade e personalidade no mundo, podendo, inclusive, caracterizar tipo penal de trabalho em condição análoga à de escravo. Entretanto, não compõe a temática deste estudo.

Feitas essas considerações, abordaremos doravante as formas como o assédio moral se manifesta no mundo do trabalho doméstico, e por fim investigaremos a delicada questão probatória quando a demanda é levada aos tribunais.

4. METODOLOGIA - RESULTADOS DA PESQUISA: ASSÉDIO MORAL POR XINGAMENTOS, GRITOS, HUMILHAÇÃO, E ACUSAÇÃO DE FURTO

Com o objetivo de mapear as ações judiciais trabalhistas que visam o reconhecimento do assédio moral e conseqüente pedido de reparação de danos de natureza extrapatrimonial nas relações de emprego envolvendo trabalhadores e trabalhadoras domésticas, a pesquisadora analisou ações judiciais, a partir do banco de dados do *site* “Jusbrasil”,¹⁹ adotando como critério de pesquisa as expressões “empregada doméstica”²⁰ e “assédio moral”.

Elegemos como filtro “todos os TRTs”, e a delimitação cronológica “último ano”, abrangendo, portanto, todos os processos de 2017, de modo que obtivemos 106 resultados²¹. Por parecer factível e suficiente a análise desses 106 julgados, assim o fizemos, para, em um segundo momento, analisar casos envolvendo empregados não domésticos.

Assim, a pesquisa deteve-se aos julgados selecionados pelo renomado sítio de pesquisa de jurisprudência no ano de 2017, excluindo-se aqueles em que os termos de pesquisa aparecem em contextos diversos, não atinentes ao tema estudado, ou repetidamente. Por exemplo, foram excluídas demandas contra pessoa jurídica (salvo desvio de função).

Dessa depuração, restaram 44 hipóteses pertinentes ao objeto de pesquisa, julgados estes que foram analisados detidamente. Fez-se um cotejo com outros 44 resultados

¹⁹ Disponível em: www.jusbrasil.com.br.

²⁰ Vale esclarecer que a variação de gênero (“empregado doméstico”) não produziu alteração no número de resultados.

²¹ Disponível em: www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=dom%C3%A9stica+dano+moral+provas&idtopico=T10000009&l=365dias. Acesso em: 23 dez. 2017.

aleatórios, também no último ano, julgado por TRTs, envolvendo assédio moral em relação a trabalho não doméstico, para ter um comparativo e se traçar as conclusões que aqui logramos desenvolver.

Quanto aos resultados da pesquisa, convém esclarecer os seguintes pontos: a) quando se indica “provimento” do recurso, diz-se especificamente do capítulo de sentença que reconheceu o assédio moral em face da empregada doméstica; b) quando o recurso é do reclamado, mas o acórdão confirma a sentença, indica-se no campo “decisão” “sentença favorável” confirmada pelo Tribunal, também relativamente ao capítulo de sentença em questão.

Quanto aos gráficos representativos das estatísticas, ao se mencionar os resultados como “procedente” e “improcedente”:

- a) “**Procedente**” inclui-se: as sentenças que reconheceram o pedido de danos morais por assédio moral que não foram reformadas, nesse capítulo específico, pelo Tribunal Regional, bem como os acórdãos que acolheram os danos morais por assédio moral, diferentemente do que foi reconhecido pelo órgão *a quo*;
- b) “**Improcedente**” inclui-se, paralelamente, os acórdãos que não deram provimento aos recursos contra as sentenças improcedentes quanto ao pedido de danos morais por assédio moral, e os acórdãos que deram provimento ao recurso do reclamado que se insurgiu contra o reconhecimento de danos morais por assédio moral pelo juiz singular.

Pontue-se que não se trata de uma mera simplificação, mas racionalização das conclusões, afinal todos os elementos contidos em cada conteúdo têm significado equivalente.

Verificou-se, pois, que o assédio moral, na maioria dos casos que chegam ao Judiciário, dizem respeito a ofensas verbais, como xingamentos, gritos, humilhações, tratamento ríspido ou grosseiro, sendo também bastante frequente as acusações ou insinuações de furto. Não raro, a injúria tem conotação racial e faz alusão ao trabalho de escravo, como é o exemplo de a empregada ser chamada de “mucama”.

Como já mencionado, o nicho de trabalhadores objeto do nosso estudo está inserido em um contexto de maior vulnerabilidade, por várias razões, entre elas a própria invisibilidade das relações desenvolvidas no recôndito do lar. O assédio sofrido nos redutos da casa em que presta serviços é mais grave por não haver testemunhos, deixando a vítima ainda mais desprotegida. É oportuno citar:

Quando a vítima do dano derivado da violação de um direito fundamental é o empregado, a situação mostra-se mais grave pela vulnerabilidade própria da subordinação jurídica e da hipossuficiência econômica, que acabam minando qualquer possibilidade de exercício do direito de resistência, tornando mais dolorosos os efeitos das agressões perpetradas.²²

Quando se trata de assédio moral ao trabalhador, diz-se da violação de direitos fundamen-

²² JÚNIOR, Antonio Umberto de Souza. **O novo direito do trabalho doméstico de acordo com a Lei Complementar n. 150/2015**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83-84.

tais, previstos na Constituição, e de direitos da personalidade, coincidentes ou não com aqueles, previstos no Código Civil, gerando a incidência de normas de responsabilidade civil (art. 186 e art. 927 do Código Civil) que fundamentam a reparação de danos morais. O assédio moral também caracteriza justa causa do empregador, a amparar a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Na pesquisa realizada, em mais de 70% dos casos o assédio moral consistia em injúria, às vezes somada a outras formas de suposto assédio, como acusações de furto. Diz-se “injúria” para abranger agressões verbais, humilhações, gritos, e tratamento desrespeitoso em geral. Foram inexpressivos os julgados em que a trabalhadora alegou, como fato ensejador de assédio moral, a jornada excessiva e o excesso de rigor no trato das tarefas diárias, com punições exageradas.

Não há dúvidas que o tratamento desrespeitoso do trabalhador no ambiente de trabalho doméstico, quando sistemático, caracteriza o assédio moral, atingindo os direitos da personalidade do trabalhador, e, portanto, sua dignidade da pessoa. Como consequência do reconhecimento da caracterização do assédio moral, também é incontroverso o direito à indenização. A questão é que esse reconhecimento não costuma acontecer no Judiciário trabalhista por uma razão técnica referente ao ônus da prova. É o tema sobre o qual nos debruçaremos.

Cabe ao empregado que alega ocorrência de assédio moral, via de regra, demonstrar o ocorrido, em razão da distribuição do *onus probandi* pela legislação pátria (art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC). Acontece que no âmbito doméstico, geralmente não há testemunhas dos fatos.

Todo o núcleo familiar, para quem são prestados os serviços domésticos, compõe o polo passivo da demanda relacionada ao vínculo de emprego, ou seja, os membros da família são partes na relação jurídica processual. Eventuais testemunhas poderiam consistir em outros empregados, ou quicá vizinhos, mas é muito dificultosa a prova oral, e é até intuitiva essa ilação.

Diferentemente, nos vínculos empregatícios em empresas, os próprios colegas podem testemunhas tratamento vexatório por parte de prepostos da pessoa jurídica, ou mesmo confirmar que são vítimas da mesma forma de violência verbal ou moral, servindo como eficientes testemunhas.

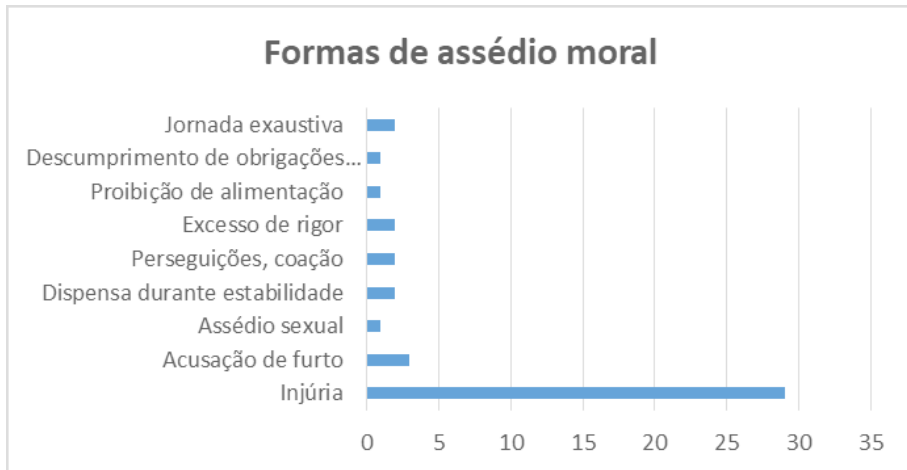
Quanto à prova documental, tem sido cada vez mais comum a apresentação de conversas de *whatsapp* ou outro aplicativo de conversas com textos e imagens. Patroas (diz-se assim, pois as mulheres é que mais comumente assumem a gestão das atividades do lar) e empregadas se comunicam com frequência por tais meios, o que pode ensejar prova documental de ofensas, se for o caso. Vale registrar a validade do mencionado meio de prova para fundamentar decisões judiciais (art. 369 do Código de Processo Civil).

Nas hipóteses analisadas, verificou-se que em 78% das demandas houve alegação de injúria, ao lado de acusações de furto, jornada exaustiva, dispensa durante a estabilidade da gestante e excesso de rigor. Retratamos os resultados no gráfico abaixo:

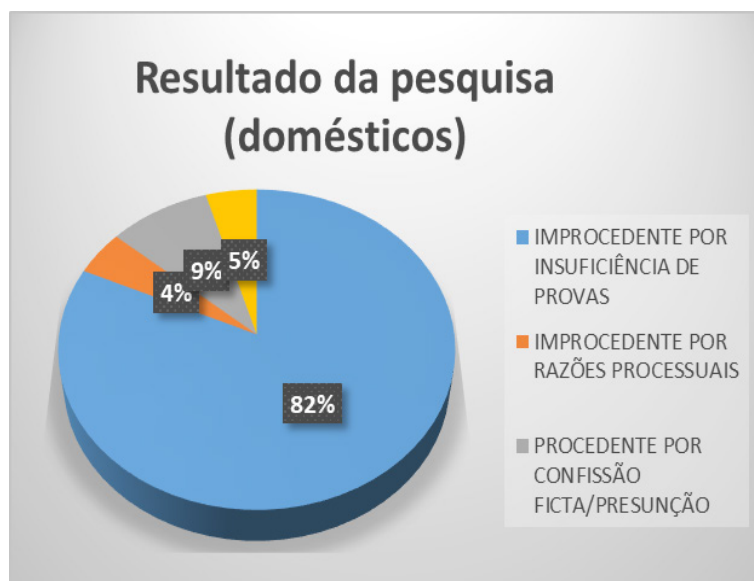
Gráfico 3: Formas de assédio moral

Mapeado o assédio moral nas relações de trabalho doméstico nas linhas volvidas, mostra-se oportuno demonstrar os resultados das demandas levadas ao Judiciário e que foram objeto de recurso referentes ao tema. Senão vejamos:

Gráfico 4: Resultados das demandas de trabalhador doméstico (assédio moral)

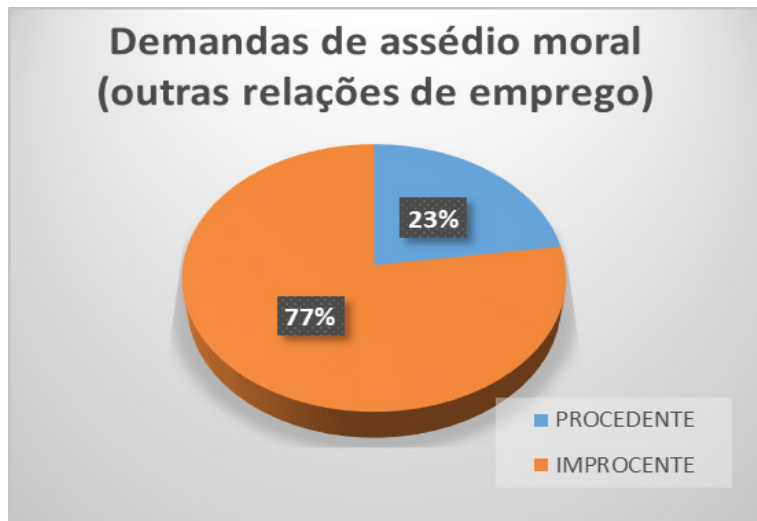


Extrai-se que em somente dois julgados a parte reclamante logrou comprovar o assédio moral mediante prova testemunhal. Nos quatro casos em que houve resultado “procedente”, tal decorreu de um imperativo processual em razão da confissão ficta imposta pela revelia do reclamado, ou por se aplicar o dano moral *in re ipsa* em caso de dispensa de gestante em período de estabilidade.



Firmado esse cenário, cotejamos com outros 44 casos aleatórios em que existia alegação de assédio moral, com os mesmos filtros indicados (TRTs, ano de 2017 e com a restrição de não se tratar de relação doméstica), chegando aos seguintes resultados:

Gráfico 5: Resultado das demais demandas



Conclui-se dos resultados da pesquisa que há 4,6 vezes mais chances de um trabalhador não doméstico comprovar o dano extrapatrimonial decorrente do assédio moral do que o trabalhador doméstico, e que o reconhecimento do pedido com base em presunção legal tem quase o dobro de incidência em relação aos casos em que o reclamante obtém êxito na produção de provas.

Ou seja, cuida-se de uma evidente disparidade, em que o trabalhador doméstico, por circunstâncias inerentes à relação de emprego a que é submetido, em um ambiente privado e com raras possibilidades de testemunho ou ingerência do Estado na entrincheirada morada da família, tem escassos meios de comprovar violações de ordem moral ocorridas no labor.

Com base nessa constatação, especularemos sobre como os meios de prova podem auxiliar um juiz sensível a tal desigualdades de armas, a fim de se atenuá-las, promovendo o acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva aos trabalhadores domésticos. Acredita-se que a solução, para tanto, deve vir de forma criativa, a pedido ou não do patrono do empregado, devendo contar com o respaldo e sensibilidade do Judiciário Trabalhista.

5. PRÁTICAS NÃO CONVENCIONAIS NO PROCESSO DO TRABALHO QUE DEVEM SER PROMOVIDAS COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

Entendemos que há alternativas para se propiciar o acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva aos trabalhadores domésticos em posição desvantajosa no tocante à produção de provas. Tais soluções são previstas pelo ordenamento jurídico, mas não são usualmente adotadas, havendo resistência pelo Judiciário Trabalhista para tanto. É o que pretendemos desenvolver em sequência, abordando antes um importante princípio que permeia toda a temática, e que é norteador do processo do trabalho, qual seja, o princípio da oralidade.

a) PRINCÍPIO DA ORALIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O princípio da oralidade valoriza a prova oral no processo juslaboral e prioriza que a causa seja julgada pelo juiz que a colheu. Segundo Mauro Schiavi, o princípio da oralidade decompõe nos seguintes subprincípios²³: a) identidade física do juiz, pelo qual o juiz que instruiu o processo e colheu diretamente a prova é que deve julgá-lo, pois detentor de maiores condições de valorar a prova; b) prevalência da palavra oral sobre a escrita, com prioridade aos atos de audiência; c) concentração dos atos processuais em audiência; d) imediatidade do juiz na colheita da prova, de modo que os atos instrutórios devem se dar perante a pessoa do juiz, formando melhor seu convencimento, inclusive se valendo de impressões obtidas no momento; e) Irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o que proporciona maior celeridade e valoriza a autoridade do juiz na condução do processo.

Carlos Henrique Bezerra Leite aponta como aplicação do referido princípio a previsão de reclamação verbal (art. 840, § 2º da CLT), a possibilidade de defesa oral do reclamado (art. 847 da CLT), na ocasião da audiência, em que as partes de dirigem direta e oralmente ao magistrado, propiciando debates, e também as ações trabalhistas de alçada (Lei 5.584/70), com predomínio da palavra falada sobre a escrita.²⁴

Naturalmente, o juiz que presidiu os depoimentos pessoais, interrogatórios e oitiva das testemunhas certamente tem mais elementos – aqueles dificilmente registráveis por escrito – para proferir um julgamento mais próximo do ideal de Justiça. Esse contato direto com as partes e testemunhas permite ao juiz aferir as nuances do comportamento que indicam a veracidade e confiabilidade ou não dos elementos probatórios.

Convém transcrever trecho do voto do Desembargador Federal do Trabalho Ricardo Aresosa, no Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário n: 0001227-04.2011.5.01.0061, 10ª Turma, no seguinte sentido:

(...) 2.4. Caracteriza-se o cerceio de defesa quando o juiz profere sentença desfavorável ao autor da ação, indeferindo oitiva de testemunha, através da qual o autor pretendia provar o fato constitutivo de seu direito.

2.5. Mais do que isso, a oitiva das testemunhas é o momento em que

²³ Manual de Direito Processual do Trabalho, p. 111-112.

²⁴ Art. 2º § 3º. Quando o valor fixado para a causa, na forma deste artigo, não exceder de 2 (duas) vezes o salário-mínimo vigente na sede do Juízo, será dispensável o resumo dos depoimentos, devendo constar da Ata conclusão da Junta quanto à matéria de fato.

o juiz tem oportunidade de acompanhar as reações das partes diante das perguntas formuladas, verificando se respondem com segurança, se tergiversam ou se contornam com evasivas. Há uma relação imediata, dinâmica e profícua, tudo na busca da verdade. Apenas o Juízo sentenciante tem condições de extrair a verdade dos fatos, pois a fase de instrução proporciona uma proximidade física entre magistrado e jurisdicionados, capacitando aquele a detectar indícios de inidoneidade.

Aliás, o culto ao “escrito” pode gerar distorções graves, pois pelo poder da retórica, uma grande inverdade pode ser transformada em uma eloquente tese de defesa. Essa supervalorização do elemento escrito é simbolizada no jargão “o que não está nos autos não está no mundo”, retratando uma cultura burocrática e um arquétipo de juiz intocável, impassível, e que não participa ativamente do processo.

Observa-se, contudo, uma visível mudança de mentalidade ao longo dos tempos, de modo que o princípio da oralidade também rege o processo civil comum, muito embora seja mais marcante na Justiça do Trabalho e também na sistemática dos Juizados Especiais. É a prova oral que deve ser exaltada, no objeto do presente estudo, para se promover um processo mais isonômico e efetivo, consoante veremos nos próximos tópicos.

Pondera-se, assim, que ao se deduzir pretensão de reparação de danos morais por parte do empregado doméstico, deve ser dedicado um cuidado ainda maior com provas orais, oportunizando em grau máximo a sua produção, sobretudo com o interrogatório das partes, e analisando cuidadosamente a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, o que será casuístico.

b) DEPOIMENTO PESSOAL E INTERROGATÓRIO. CONFISSÃO

O depoimento da parte traduz-se em uma importante fonte de prova. Cuida-se do momento em que as partes se colocam em contato imediato com o juiz, colaborando para a formação do seu convencimento, em observância ao princípio da oralidade. Ao tratar de “depoimento pessoal” (art. 385 do CPC) o legislador, na verdade, prevê duas figuras distintas: a do depoimento pessoal e a do chamado interrogatório livre.

Enquanto o primeiro tem específico fim probatório, sendo o objetivo principal obter a confissão da parte adversa, o segundo “é antes uma forma de esclarecimento de que se vale o juiz para melhor inteirar-se dos fatos do processo do que propriamente um meio de prova”²⁵. Ademais, o depoimento da parte exige o requerimento da parte contrária (por isso é chamado depoimento por provocação) contrária e tem momento próprio para acontecer no *iter* processual, e, diversamente, o interrogatório é medida adotada de ofício pelo juiz e pode ser determinada em qualquer fase do processo.

Nos interessa, para fins acadêmicos, o depoimento pessoal para análise da prova de assédio moral. Antes, cumpre rememorar que, na relação de emprego doméstico, devem figurar

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**, p. 388.

no polo passivo todos os integrantes da família, pois por conceito empregador é a pessoa ou os integrantes da família²⁶. Segundo Antônio Umberto de Souza Júnior:

(...) em se tratando de uma família empregadora, opera-se circunstância especial em que um único contrato encontrará um feixe de tomadores simultâneos, desde os adultos provedores até a criança da mais tenra idade.²⁷

Sendo assim, aqueles para quem o empregado doméstico presta serviços, ou seja, todos os membros da família que usufruem do labor doméstico são considerados empregadores domésticos, e todos podem ser responsabilizados. Portanto, no caso de sentença favorável, esta formará título executivo judicial contra todos os integrantes da família para quem o empregado ou empregada prestou serviços.

Por essa peculiaridade que o empregador doméstico pode ser representado por qualquer dos familiares que componha a família nas audiências perante a Justiça do Trabalho, consoante permissivo sumulado²⁸. Note-se que a hipótese se amolda à figura do litisconsórcio passivo unitário, pois se pressupõe a incidibilidade da relação jurídico-material, de modo que a decisão deve ser a mesma em relação a todos os litisconsortes. Tal litisconsórcio é, em tese, obrigatório, muito embora na praxe os juízes e tribunais atribuam eficácia do título executivo a todos os familiares, independentemente de terem ou não figurado no polo passivo.

Quanto ao interrogatório, acredita-se que, no caso de alegação de assédio moral, deva ser utilizado com maior frequência, considerando que a parte não pode pedir o próprio depoimento pessoal, e a hipossuficiência processual acentuada quando o reclamante é trabalhador doméstico, pelas razões já delineadas. Fazendo o interrogatório de ambas as partes visando esclarecer os fatos, o juiz terá elementos, para além da objetividade dos discursos, municiando-o de mais material para formar sua cognição.

Em relação ao depoimento da parte, ressalte-se que é forma de provocar a confissão da parte adversa. A confissão, para se configurar, pressupõe admissão de fato desfavorável da parte confitente, mas favorável ao interesse da parte adversária. Tem por consequência, segundo Marinoni e Arenhart, a exoneração da prova do fato pela parte contrária e a efetivação de prova da veracidade sobre o fato confessado²⁹.

Há de se ponderar que, no caso de assédio moral praticado por um membro específico da família, a parte autora deve ter a prerrogativa de pedir o depoimento do assediador em

²⁶ Conceitualmente, empregado doméstico é “aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”, nos termos do art. 1º da Lei Complementar nº 150/2015. A Lei 5.859/72 também indicava a pessoa ou família como empregadores domésticos.

²⁷ JÚNIOR, Antonio Umberto de Souza. O novo direito do trabalho doméstico de acordo com a Lei Complementar n. 150/2015, p. 79.

²⁸ Enunciado de Súmula nº 337 do TST: Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

²⁹ Idem, p. 447.

específico para fins de confissão provocada. Ou seja, deve poder direcionar o depoimento pessoal para um sujeito específico – o assediador – e por essa razão este deve figurar o polo passivo da ação.

Eis uma polêmica. A Justiça do Trabalho, na prática, não exige a indicação nem a presença de todos os componentes da família para quem o trabalhador ou trabalhadora doméstica prestaram serviços. Um membro apenas pode representar toda a família. E, paradoxalmente, entende-se que a sentença produz efeitos para todos eles. As consequências dessa forma – no nosso sentir – equivocada de compreender a legitimidade passiva na relação de emprego doméstico pode criar óbices na execução da sentença.

O cuidado adicional que a parte autora e o próprio juiz devem ter na instrução processual, portanto, é reforçar a necessidade da presença do agressor na audiência de instrução, viabilizando-se a ampla defesa.

c) OITIVA DE INFORMANTE

Também destacamos que a oitiva de informante deve ser autorizada com maior maleabilidade nas hipóteses com a tratada neste trabalho. Note-se que a oitiva de informante não é vedada pelo ordenamento jurídico, pois nos termos do art. 447 § 3º, os amigos íntimos são suspeitos, e, assim, como os impedidos de depor na condição de testemunhas, podem ser ouvidos como informantes, como autoriza os parágrafos seguintes:

Art. 447 (...)

§ 4º-Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§5º-Os depoimentos referidos no § 4º-serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

A redação do Código de Processo Civil de 2015 é menos rigorosa que o texto anterior, que condicionava a oitiva à condição de estrita necessidade. Saliente-se, por fim, que o depoimento do informante submeter-se-á ao juízo de ponderação do julgador, que lhe atribuirá o peso que entender razoável.

d) DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ONUS PROBANDI

Em face do art. 6º do CPC, há de se interpretar que todas as partes na lide têm o dever de colaboração na elucidação dos fatos e formação do convencimento do juiz. Cuida-se de um princípio que deve permear todos os atos do processo e cuja inobservância deve ensejar litigância de má-fé.

Deveras, o fato constitutivo do direito referente aos danos extrapatrimoniais alegados pelo trabalhador deve ser provado por este, a teor do art. 373, I, do CPC. No caso, consideram-

do as peculiaridades já aventadas, conclui-se que é dificultosa a prova, o que não justifica, no entanto, a inversão apriorística do ônus da prova, pois também é difícil a comprovação de suposto fato contrário.

Nesse estudo, ao se identificar as dificuldades de ordem processual no tocante à prova de assédio moral sofrido pelos trabalhadores domésticos não se quer perder de vista que também há abuso postulatório e acusações levianas em face do empregador. Mas para combater eventuais demandas temerárias há mecanismos legais previstos no ordenamento jurídico, e não seria razoável que o abuso fosse considerado “regra” e com isso a sua repressão acabar comprometendo o próprio Acesso à Justiça.

Casuisticamente, o julgador deverá ponderar qual das partes tem maior aptidão para a prova e, assim, fixar os ônus equitativamente. Não há uma solução para todos os casos, mas há uma exortação de que o magistrado esteja atento e consciente, e em alguns casos seja mais proativo, para assim cumprir a nobre missão que lhe recai.

No entanto, nota-se que há muita resistência em se propiciar uma tutela efetiva de direitos aos trabalhadores domésticos, o que precisaria de muita boa vontade do juiz no uso dos seus poderes instrutórios. Acontece que o magistrado não é um ser impassível e deve se projetar, como provável empregador doméstico que é, na situação levada ao Judiciário e – de forma consciente ou não – empaticamente à posição do empregador, e se posicionar de modo a legitimar o que ele próprio (como empregador) não faz.

Ou seja, supõe-se que pode haver a leniência velada do magistrado em demandas dessa natureza, dificultando ainda mais a posição do empregado doméstico na relação jurídico-processual. Sendo assim, deve-se fomentar uma mudança de mentalidade para fortalecer a efetividade da Justiça nessas relações, sobretudo no que diz respeito à temática dos danos de ordem extrapatrimonial, de tão dificultosa comprovação.

Enfim, o que se verifica é a inegável fragilidade do trabalhador doméstico em comprovar os abusos sofridos de ordem moral. E não se trata de uma mera contingência, também havendo, no nosso sentir, colaboração do Judiciário para que essa disparidade se perpetue, sobretudo pelas restrições de ordem processual impostas quando deveria haver maior maleabilidade instrutória e valorização do princípio da oralidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo retrata uma disparidade, de ordem processual, relacionada às demandas judiciais de empregados domésticos, que remonta a outras desigualdades reveladoras de uma lamentável realidade histórica, refletida na legislação brasileira e que, por anos, reforçou uma mentalidade escravocrata e desprotegeu muito mais do que protegeu aquele nicho de trabalhadores.

No presente trabalho buscamos apontar um aspecto de um fenômeno invisibilizado, que é o assédio moral nas relações de emprego doméstico, fazendo um recorte de eventos judicializados, em que se verificou que mecanismos de proteção também devem ser lançados mão para que abusos de direito não sejam também silenciados pelo Judiciário.

Acreditamos, com isso, contribuir para a construção de uma visão crítica dos fenômenos jurídicos envolvendo a categoria dos trabalhadores domésticos, quiçá um passo para se ampliar a conscientização de direitos e a construção de uma sociedade mais democrática e inclusiva. As desesperanças fomentadas pela reforma trabalhista implementada em 2017, e pelas leis subsequentes também no sentido de precarizar as relações de trabalho, marcando um Estado despreocupado com a justiça social, não devem esmorecer os ânimos para seguir a missão em defesa da classe trabalhadora, com suas vulnerabilidades ínsitas, afinal a luta pela Justiça é atemporal e ubíqua.

REFERÊNCIAS

BERNARDINO-COSTA, Joaze. **Saberes Subalternos e Decolonialidade: os sindicatos das trabalhadoras domésticas no Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Aprova o **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 28 de outubro de 2019.

BRITES, Jurema. **Afeto e desigualdade: gênero, geração e classe entre empregadas domésticas e seus empregadores**. Cadernos Pagu. On-line version ISSN 1809-4449, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Joana Simões de Melo, BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda e HIRATA, Guilherme. **Efeitos da Ampliação dos Direitos Trabalhistas sobre as condições de trabalho das empregadas domésticas**. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

DIDIER JR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, **Curso de Direito Processual Civil**, 12a. Ed, Salvador: Ed. Juspodivm, Volume 2, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho, DELGADO, Gabriela Neves. **O novo manual do tra-**

balho doméstico – com os comentários aos artigos da LC n. 150/2015. 2ª ed., São Paulo: LTR, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho, DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTR, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho:** redefinindo o assédio moral. Tradução Rejane Janowitz, 3ª. Ed, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral:** a violência perversa do cotidiano. 7ª. Ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, LEITE, Laís Durval e LEITE, Letícia Durval. **A nova lei do trabalho doméstico:** comentários à Lei Complementar n. 150/2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PINHEIRO, Luana Simões, MEDEIROS, Marcelo. **Desigualdades de gênero em tempo de trabalho pago e não pago no Brasil.** Rio de Janeiro: Ipea , 2013.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3ª Ed., São Paulo: LTR, 2000. (Bernardino-Costa, 2015)

SCHIAVI, Mauro, **Manual de Direito Processual do Trabalho**, 10ª ed. – de acordo com o novo CPC – São Paulo: LTR, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. **O novo direito do trabalho doméstico de acordo com a Lei Complementar n. 150/2015**, São Paulo: Saraiva, 2015.

TST. RECURSO DE REVISTA: RR-1540/2005-046-12-00.5. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. DJ: 04/05/2009.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E COLETIVOS

FUNDAMENTAL AND COLLECTIVE RIGHTS

OS DESAFIOS DA DEFENSORIA PÚBLICA NA RESIGNIFICAÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS

CHALLENGES OF PUBLIC DEFENDER'S OFFICE TO RESIGNIFY PUBLIC PLACES

Wilza Carla Folchini Barreiros

*Especialista em Direito Ambiental e
Urbanístico pela PUC/Minas.
Defensora Pública Federal*

wilza.barreiros@dpu.def.br

RESUMO

O artigo visa abordar a importância do planejamento urbano na redução da desigualdade social na medida em que focalize a justa e a igualitária distribuição do espaço público. Para além dos programas habitacionais já existentes o que se propõe são vias diversas de redemocratização do espaço público, como a utilização de imóveis públicos da União desocupados e regularização dos já ocupados, visto que estes normalmente estão inseridos em ambientes que fomentam a inclusão social, efetivando, assim, a função social da propriedade. Neste contexto a Defensoria Pública tem relevante função, visto ser instituição forjada para dar voz aos excluídos, cabendo agir na redução das desigualdades sociais e regionais, o fazendo na proporção que cobra a efetivação de políticas públicas de habitação e como legitimado na regularização fundiária de interesse social.

Palavras-chave: Redução da desigualdade social. Defensoria Pública. Ocupação do espaço público. Imóveis da União desocupados. Regularização fundiária.

ABSTRACT

The purpose of this paper is focus on the importance of urban planning to reduce social inequality as long as the process focus in a fair and equal public place distribution. Apart from existing housing programs what is being point are different ways to get democratization of public space, like to occupy empty public place and promote land regularization, because normally this building are inserted in a environment with a great potential of social inclusion, ensuring the social function of property. In this way Public Defender's

Office has the relevant function, because one of institutional purpose is to give voice for the excluded people, acting to reduce social and regional inequality and the office does it when demand the realization of public politics in the area of housing and when take part in a land regularization.

Keywords: To reduce social inequality. Public Defender's Office. Occupation of public place. Empty public building. Land regularization

Data de submissão: 01/11/2018

Data de aceitação: 23/01/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. FORMAÇÃO DO ESPAÇO URBANO BRASILEIRO 2. PROGRAMAS HABITACIONAIS 3. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS POR MEIO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA 3.1 Imóveis da União Desocupados 3.2 Regularização Fundiária de Imóveis da União. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O crescente fosso social brasileiro, que conduz a forma de vida distinta entre ricos e pobres, corroendo a solidariedade e o senso de comunidade indispensáveis a cidadania democrática, tem no processo de democratização dos espaços públicos vital importância para reversão do quadro posto.

A sociedade e suas instituições são chamadas a tomar lugar no processo de urbanificação, exigindo e velando pela ocupação dos espaços públicos de forma igualitária como forma de redução da desigualdade social. A Defensoria Pública, expressão e instrumento do regime democrático, tem especial relevo na democratização dos espaços públicos, vez que lhe cabe dar voz aos vulneráveis, excluídos do espaço público.

Inúmeras são as possibilidades de agir da Defensoria Pública para efetivar a função que lhe é atribuída constitucionalmente, todavia, neste artigo iremos nos ater a redução das

desigualdades por meio da garantia do direito social à moradia e efetivação da função social da propriedade, mais especificamente a atuação da Defensoria Pública da União frente a imóveis públicos desocupados ou ocupados irregularmente pertencentes à União.

Para tal, se mostra necessário um breve introito da história das ocupações no Brasil e dos programas de habitação desenvolvidos por diversos governos, a fim de contextualizar a origem dos nossos problemas de habitação e as soluções dadas pela administração pública.

A partir da análise do passado é que se olha para o futuro, despontando que as soluções para contenção e redução da desigualdade vão além da redistribuição de renda, nesse cenário não se pode minimizar o papel da Defensoria Pública, importante instrumento de dignificação, de inclusão e de reconstrução do sentimento de pertencimento social.

1. FORMAÇÃO DO ESPAÇO URBANO BRASILEIRO

As ocupações clandestinas e informais nas cidades, atualmente designados núcleos urbanos informais¹, permeiam a construção do ambiente urbano brasileiro desde a constituição do império. A exclusão social urbana que impede a aquisição de moradia por grande parcela da população, segregando, perifizando, tem seu introito na Lei nº 601/1850, a chamada ‘Lei de Terras’, que proibiu a aquisição de terras devolutas por título diverso que a compra, legitimando a posse dos que até então possuíam terras cultivadas e nela fixassem sua moradia habitual.

Posteriormente, com a abolição da escravatura em 1888, um grande fluxo de ex-escravos migrou para os centros urbanos, esta população encontrou cidades despreparadas para recebe-los. Nos dizeres de Duane Brasil Costa e Uly Castro de Azevedo “É a partir da obtenção dessas baixas remunerações que o (a) escravo (a) consegue um lugar para morar, em bairros afastados do centro, ou seja nas periferias.”²

A cidades brasileiras cresceram de forma desordenadas, sem política urbana e habitacional capaz de garantir moradia a parcela significativa da população, ao contrário, o processo de urbanização da população foi marcado pela exclusão social dos espaços públicos.

A nova classe de trabalhadores, agora assalariados, formada por escravos libertos e posteriormente imigrantes europeus, viu-se a margem da disponibilidade imobiliária, já que o alto valor dos alugueis eram impraticáveis diante míseros salários que recebiam. As moradias coletivas, conhecidas como cortiços, surgem como resposta à crise de moradia do fim do século XIX.

A partir da segunda metade do século XX, com a industrialização das cidades brasileiras,

¹ Artigo 11, II da Lei n. 13.465 de 11 de julho de 2017

² COSTA, Duane Brasil e AZEVEDO, Uly Castro de. **Das Senzalas às Favelas: Por onde vive a população negra brasileira**. 2016

o processo de urbanização brasileira entrou em acelerado crescimento. Esclarece Milton Santos sobre o que se entende por industrialização:

O termo industrialização não pode ser tomado, aqui, em seu sentido estrito, isto é, como criação de atividades industriais nos lugares, mas em sua mais ampla significação, como processo social complexo, que tanto inclui a formação de um mercado nacional, quanto os esforços de equipamento do território para torna-lo integrado, como a expansão do consumo em formas diversas, o impulsiona a vida de relações (leia-se terciarização) e ativa o próprio processo de urbanização.”³

Segundo dados do IBGE a população urbana brasileira na década de 40 era de 31,24%, em 1970 a população urbana já supera a rural, formando um contingente de 55,92%, em 2010 a população urbana atingiu o percentual de 84,36%⁴.

O crescimento das cidades redundou no processo de expansão do território urbano dos municípios, criando periferias e afastando cada vez mais a população de baixo poder aquisitivo dos centros em que são ofertados serviços, empregos, oportunidades econômicas e culturais, normalmente território das classes média e alta, confinando-os em áreas sem infraestrutura, sem equipamentos públicos ou espaços comerciais, aumentando o já grave problema ambiental.

Atualmente a especulação imobiliária é um dos grandes responsáveis pelo processo de periferização, sendo que gradativamente, com a implantação de equipamentos urbanos e comunitários, as periferias passam a ser cobiçadas pela classe média e porque não dizer pela alta, gerando contínuo processo de expulsão e expansão urbana, esta marcada pela criação de assentamentos informais.

2. PROGRAMAS HABITACIONAIS

A primeira intervenção direta do Estado no setor de habitação ocorreu com a edição do Decreto 1.749, de 28 de junho de 1937, que passou a autorizar aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões o emprego de seus saldos no financiamento para aquisição de prédios para moradia dos seus associados.

Com o intuito inicial de enfrentar os problemas de habitação da população de baixa renda o Governo Dutra cria a Fundação Casa Popular –FCP⁵. Logo veio a percepção de que não bastava produzir moradias, indispensável o fomento de infraestrutura urbana. Assim, quatro meses após a criação, a Fundação Casa Popular teve suas frentes de atuações am-

³ SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**, 2018, p. 30

⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Séries Históricas e Estatísticas. Taxa de Urbanização**. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122>.

⁵ Decreto-Lei n. 9.218 de 1º de maio de 1946.

pliadas⁶. O objetivo foi ambicioso e não conseguiu avançar como imaginado na criação de moradias.⁷

Diante da grave crise no setor habitacional no país foi criado, durante o governo militar, o programa federal de habitação por meio da Lei n. 4.380 de 21/8/1964, que institui o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) cuja vértice era facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população. Constituiu-se também o Banco Nacional de Habitação (BNH), instituição financeira especializada em financiamento habitacional.

A criação do BNH foi fruto da convergência de interesses empresariais ligados a construção civil e o interesse em dinamizar a economia pelo governo, que com tal política alavancou a criação de empregos. A concessão de crédito tinha como fontes recursos pró-

⁶ Decreto-Lei n. 9.777 de 6 de setembro de 1946

Art. 1º A Fundação da Casa Popular (FCP), criada e regida pelo Decreto-lei nº 9.218, de 1 de Maio de 1946, para que atinja as suas finalidades, incumbe:

I – proporcionar a brasileiros, e a estrangeiros, com mais de dez anos de residência no país, ou com mais de cinco anos quando tenham filhos brasileiros, a aquisição, ou construção, de moradia própria, na zona urbana ou rural;

II – financiar, na zona rural, a construção, reparação, ou melhoramento, de habitações para os trabalhadores, de arquitetura simples e de baixo custo, mas que atendam aos requisitos mínimos de higiene e conforto, bem como suprimento de energia elétrica ;

III – financiar as construções, de iniciativa, ou sob a responsabilidade de Prefeituras Municipais, empresas industriais ou comerciais, e outras instituições, de residências de tipo popular, destinadas à venda, a baixo custo, ou à locação, a trabalhadores, sem objetivo de lucro;

IV – financiar obras urbanísticas, de abastecimento d'água, esgotos, suprimento de energia elétrica, assistência social, e outras que visem a melhoria das condições de vida e bem-estar das classes trabalhadoras, de preferência nos municípios de orçamentos reduzidos, sob a garantia de taxas ou contribuições especiais, que para isso forem criadas;

V – estudar e classificar os tipos de habitações, denominadas – populares – tendo em vista as tendências arquitetônicas, hábitos de vida, condições climáticas e higiênicas, recursos de material e mão de obra das principais regiões o país, bem como o nível médio, econômico ou na escala de riqueza do trabalhador da região:

VI – proceder a estudos e pesquisas de métodos, e processos, que visem o barateamento da construção, quer isolada, quer em série, de habitações de tipo popular, a fim de adotá-los e recomendá-los;

VII – preparar normas, ou cadernos de encargos, de acordo com o resultado desses estudos, para o estabelecimento das condições básicas a que devem satisfazer os planos a serem atendidos pela FCP, tendo em vista, especialmente, a máxima ampliação possível da área social de seus benefícios ;

VIII – financiar as indústrias de materiais de construção, quando, por deficiência do produto no mercado, se tornar indispensável o estímulo do crédito, para o seu desenvolvimento ou aperfeiçoamento, em atenção aos planos ou programas de realizações da

IX – estudar, projetar ou organizar planos de construção, de habitações do tipo popular, a serem executadas diretamente pela FCP ou mediante contrato com terceiros;

X – cooperar com as Prefeituras dos pequenos municípios, que não disponham de pessoal técnico habilitado, quando de todo indispensável, e na medida dos recursos disponíveis da FCP;

XI – realizar todas as operações que digam respeito à melhor execução das suas finalidades, dentro das atribuições e competência que forem conferidas pela lei.

⁷ SOUZA, Leda Maria. **Análise Comparativa Das Políticas Habitacionais Nos Governos Fernando Henrique Cardoso E Luiz Inácio Lula da Silva**, 2005

prios, cuja capitalização advinha principalmente da caderneta de poupança e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Apesar do objetivo do SFH de fomentar a aquisição de casa própria pela população hipossuficiente economicamente por meio da instituição financeira criada para tal, do total de 4,5 milhões de financiamentos habitacionais concedidos de 1970 até 1986 (ano de extinção do banco) apenas 30% foram destinados a população de menor poder aquisitivo⁸.

As sucessivas crises econômicas enfrentadas pelo país, com desestabilização da moeda nacional, hiperinflação, levaram a redução da participação do Estado no financiamento habitacional, o que culminou em uma maior participação do capital privado no mercado imobiliário.

Registra-se que os recursos da poupança no financiamento imobiliário, grande promotor da expansão do crédito imobiliário, restaram reduzidos a partir da Resolução nº 2458 do Conselho Monetário Nacional de 18/12/1997. A par desta mudança Mariana Fix descreve com maestria o momento vivenciado no Brasil:

A estabilização monetária com o Plano Real, lançado em 1994, combinou-se a esse quadro produzindo algumas modificações. A partir de então, os planos de autofinanciamento permitiram que os segmentos de renda média e média baixa financiassem com recursos próprios o boom da produção habitacional de mercado, particularmente por meio de cooperativas habitacionais organizadas por empresas de assessoria técnica.⁹

A partir da década de noventa novas programas habitacionais foram criados, valendo citar o Programa de Arrendamento Residencial (PAR) e o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social (PSH).

O PSH consistia no leilão pelo Estado de subsídio por regiões, bancos podiam adquiri-los para, em parceria com os Municípios, construir unidades de habitação.

O PAR era voltado para a população cuja faixa salarial ia de 3 a 6 salários-mínimos, constituindo em um sistema de arrendamento em que o arrendatário, após quitação de todas as parcelas, tinha a opção de adquirir o imóvel.

É de aqui se fazer um parêntese para registrar que inúmeras cláusulas contratuais do PAR foram declaradas abusivas pelo Poder Judiciário, dentre elas a que previa que o valor residual integralmente embutido nas prestações mensais da avença em caso de resolução do contrato – em razão da opção do arrendatário em devolver o imóvel ao fim do prazo estipulado, ou de sua desistência ou, ainda, por ter descumprido quaisquer das cláusulas contratuais – não seria devolvido ao arrendatário em sua integralidade¹⁰.

⁸ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos Lugares: A colonização da terra e da moradia na era das finanças**, 2015, p. 284

⁹ FIX, Mariana. **Financeirização e transformações recentes no circuito imobiliário no Brasil**, 2011, p.120.

¹⁰ RECIFE. Tribunal Federal da 5ª Região, ACP 2004.84.00.008808-7/RN, Relator Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, DJe 16/09/2010.

Na fase inicial do governo petista a política habitacional baseou-se no Projeto Moradia, elaborado pelo Instituto Cidadania. E para gerir a política urbana foi criado o Ministério das Cidades, a quem foi dada a incumbência de levar o mercado privado, antes concentrado em fornecer moradia as classes de mais alta renda, as classes de renda abaixo de 5 salários mínimos.

No início do século vinte tanto o crédito habitacional como a produção de unidades estavam em franco crescimento, euforia que restou abalada pela crise financeira de 2008, ano em que as empresas do setor imobiliário brasileiro estavam preparadas para lançar 200 mil unidades. Neste momento o setor imobiliário, atingido pela crise, passou a pressionar o governo para que este implementasse políticas habitacionais, consistente em concessão de subsídio direto ao comprador, o que viabilizaria a aquisição das unidades habitacionais que estavam prontas para entrar no mercado. Assim nasceu o Programa Minha Casa Minha Vida, que como afirma Raquel Rolnik “De pacote de salvamento de incorporadoras financeirizadas, o MCMV transformou-se na política habitacional do país.”¹¹

O Programa Minha Casa Minha Vida vem sofrendo com o processo de estagnação econômica e a atual política social do país, nem de longe lembra a promessa de pujança de seu início. Diante da atual crise dos programas habitacionais, que focam exclusivamente na edificação de complexos urbanos, outros instrumentos devem ser pensados e explorados pelo Estado.

3. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS POR MEIO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

O Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV -, assim como os programas anteriores, não tem conseguido dar a resposta adequada ao problema habitacional, seja pela insuficiência numérica das construções, por encurralar nas periferias as famílias que aderem ao plano, pela baixa qualidade das construções, pelas inúmeras reclamações sobre a forma de escolha dos candidatos, pela situação de abandono dos conjuntos habitacionais que frequentemente estão envolvidos em episódios de violência ou, ainda, pela impossibilidade dos moradores de arcar com custos de despesas que não estavam habituados, tais como condomínio, água e luz.

A baixa qualidade das construções, cobrança ilegais ou mesmo vícios no contrato tem levado a Defensoria Pública da União a ajuizar inúmeras ações civis públicas envolvendo o MCMV¹².

¹¹ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos Lugares: A colonização da terra e da moradia na era das finanças**. 2015, p 309

¹² Em Belo Horizonte/MG os residenciais Figueiras (Ação Civil Pública n. 001796110201540113800, 5ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG), Hibisco (Ação Civil Pública n. 180165820154013800, 16ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG), Canários (Ação Civil Pública n. 180157320154013800, 12ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG) e Recanto do Beija-flor (Ação Civil Pública n. 179637720154013800, 12ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG) foram entregues sem piso. Já em São Luís/MA aos sorteados do programa para formalizar a aquisição das unidades habitacionais correspondentes aos Residenciais Pitangueiras e São José passou-se a exigir pagamento ilegal de imposto sobre transferência inter vivo (Ação Civil Pública 41170-85.2013.4.01.3700,

Portanto, outras alternativas devem ser consideradas, como a moradia subsidiada, o auxílio-aluguel, a destinação à habitação social de imóveis públicos desocupados e a facilitação da regularização destes imóveis irregularmente ocupados.

Ainda, as políticas de habitação devem ser pautadas na concretização do objetivo republicado de redução das desigualdades sociais. A urbanificação é importante instrumento para a consecução deste objetivo na medida em que se pautar na ocupação dos espaços públicos de forma igualitária, permitindo o acesso a todos os cidadãos aos equipamentos urbanos e comunitários - hoje implantados com a contribuição de todos e usufruídos por alguns -, com a inserção da população vulnerável no espaço em que há disponibilidades econômicas e culturais, ocupados, em geral, pelas classes média e alta.

Neste contexto a Defensoria Pública, como instrumento do Estado Democrático de Direito, tem o dever de proteger e promover os direitos humanos dos grupos socialmente vulneráveis e, como tal, obriga-se a participar da efetivação de novas políticas de moradia que visem a redução das desigualdades sociais.

Dentre as inúmeras formas e instrumentos capazes de alcançar o objetivo republicano, ficaremos aqui adstritos a destinação para fins de moradia dos imóveis públicos desocupados e regularização fundiária dos imóveis públicos ocupados pela população de baixa renda, situações em que a Defensoria Pública se constitui em importante ator.

3.1 Imóveis da União Desocupados

De acordo com a Secretaria de Patrimônio da União existem atualmente 179 imóveis públicos desocupados, todavia, sabe-se que o número é muito maior do que o informado em razão da precariedade dos dados coletados¹³. O Ministro do TCU Vital do Rêgo Filho cita em acórdão a existência de 18 mil imóveis da União Federal desocupados¹⁴.

Dentre os imóveis da União ditos desocupados muito são objeto de ocupações irregulares ou potenciais imóveis capazes de garantir o acesso a moradia da população de baixa renda.

Por sua vez, cabe o registro de que a função social da propriedade, de aspecto impulsivo e de limite¹⁵, compreende não somente os imóveis privados, mas também os públicos. A

6ª Vara Federal de São Luiz/MA). Em Salvador a Defensoria Pública da União ajuizou a Ação Civil Pública 0030506-65.2012.4.01.3300 (16ª Vara Federal de Salvador) visando sanar irregularidades contratuais.

¹³ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Nota à Imprensa sobre Imóveis da União**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticias/nota-a-imprensa-7>, publicado em 02/05/2018. Acesso em: 31 out. 2018.

¹⁴ BRASIL, Tribunal de Contas da União, **Processo TC 025.715/2017-8**, Acórdão 1273/2018, Relator Ministro Vital do Rêgo, Julgado em 06/06/2018

¹⁵ Ludovico Barassi, citado por Guilherme José Purvin de Figueiredo (**A Propriedade no Direito Ambiental**, 2008, p. 95), esclarece a função social da propriedade em “Dois aspectos da função social da propriedade: o de função impulsiva, voltado em especial à propriedade dos bens de produção e à ordem econômica, em que se busca um rendimento ótimo dos bens econômicos; e a função limite, de caráter mais geral, com características de intervenção limitadora do exercício da autonomia do proprietário, a fim de que se alcance maior fecundidade na gestão dos bens.”

ideia de função social forjada no final do século XIX - a partir da teoria de Leon Duguit, da doutrina social da Igreja Católica e das Constituições de Weimar e do México, além das ideias socialistas -, com inúmeras depurações desde então, chegou a contemporaneidade como elemento indissociável da propriedade. Assim sendo, a proteção do direito de propriedade depende de ela estar desempenhando sua função social, preceito previsto em nossa Lei Maior (artigos 5º, XXIII, 170, III, 182, §2º, 184, 186).

No que concerne a propriedade urbana estabelece o artigo 182, §2º da Constituição da República que esta “cumprir sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

O Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/01) completa que “cumprir sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.”

Nessa linha os bens públicos estão subordinados ao interesse público e a função social, deixando de cumprir sua função socioambiental o imóvel perde seu título justificativo e, conseqüentemente, as garantias judiciais e extrajudiciais de proteção da posse.

Assim, a União tem um conjunto patrimonial subutilizado – não cumprindo sua função social - que poderia servir para garantir moradia a um enorme contingente populacional, em sua grande maioria localizados em áreas providas de equipamento público, que demandariam obras menores, com custos inferiores, que as dispendidas com os programas habitacionais. A utilização deste patrimônio é meio promotor da igualdade social ao garantir acesso a parcela da população economicamente desprovida a serviços e possibilidades – melhores empregos, educação, lazer etc -, permitindo a ressignificação dos espaços públicos que passa a ser de todos e não mais de poucos privilegiados. Ainda, a utilização destes espaços abandonados é uma ação ambientalmente sustentável.

Neste contexto se vê a essencialidade do papel da Defensoria Pública da União que pode ser a ponte para o processo de dignificar, dando voz àqueles que o poder público insiste em não escutar. Para além da defesa dos cidadãos vulneráveis submetidos a precária e irregular situação habitacional, a Defensoria Pública é importante agente de inclusão e pacificação social, uma vez que o local de habitação é determinante no relacionamento entre os concidadãos e a diversidade do ambiente urbano possibilita não só o aceitar mais o identificar-se com o outro.

A atuação da Defensoria Pública não se dá apenas como interlocutor entre os movimentos sociais ligados a moradia e o poder público na promoção de políticas públicas habitacionais, cabendo a instituição abrir caminhos para que a população excluída participe das escolhas do destino da cidade.

Importante locus na Defensoria Pública da União para discutir e fomentar a habitação dos excluídos se deu com a criação da função de Defensor Regional de Direitos Humanos, incumbido, dentre outras atribuições, de promover a defesa coletiva de direitos e interesse de grupos integrados potencialmente por indivíduos socialmente vulneráveis.

Vale aqui citar a emblemática atuação da Defensoria Pública no que concerne a realocação das famílias atingidas pelo desabamento do Edifício Wilton Paes de Almeida, localizado no Largo Paissandu, na cidade de São Paulo/SP. O imóvel, pertencente a União Federal, rui, após incêndio, na madrugada do dia 1º de maio de 2018, deixando aproximadamente 200 famílias desabrigadas, além de sete vítimas fatais.¹⁶

Após a tragédia a maior parte das famílias, incluindo idosos e menores, permaneceram acampados nas calçadas do Largo do Paissandu. A Defensoria Pública da União, em parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, passou a atuar em defesa das vítimas, após inúmeras reuniões com autoridades públicas e movimentos sociais visando garantir o direito à moradia¹⁷, não restou outra alternativa senão ajuizar Ação Civil Pública¹⁸, em que postulou, dentre outros, que a realocação das famílias fosse feita em imóveis que constem em listas como desocupados – houve a indicação de três prédios -, localizados a um raio de aproximadamente 300 metros do local em que estava situado o Edifício Wilton Paes de Almeida – região central de São Paulo.

É de se dizer que a inclusão social por meio da garantia de moradia digna, no caso, com a ocupação legal de imóveis públicos não utilizados, é tarefa que demanda interdisciplinaridade, não basta o conhecimento jurídico do Defensor Público, é preciso assessoramento de engenheiros, urbanistas, além da direta parceria com os movimentos sociais. Não basta que o imóvel esteja desocupado, deve estar apto a garantir a inserção plena das pessoas à cidade, assegurar adequado nível de habitabilidade, estar de acordo com os padrões urbanísticos e ambientais exigidos em lei.

Portanto, é tarefa de alta complexidade, eminentemente extrajudicial no princípio – podendo redundar em ajuizamento de ações -, passa pela esfera de escuta e interlocução entre as partes envolvidas, pela tomada de informações por meio da realização de audiências públicas – espaço de fala de todos -, pela exigência de tomadas de providência pelo poder público. Muito além de exigir a efetivação do direito à moradia, do cumprimento da função social da propriedade, a Defensoria Pública da União é ativa participante da formação do espaço público.

3.2 Regularização Fundiária de Imóveis da União

Os Programas Habitacionais jamais superaram o déficit de moradias para as classes com menor poder aquisitivo, que dificilmente conseguem arcar com os elevados custos da moradia no país. Deste modo, a ocupação ilegal para fins de moradia e a construção em locais inadequados é uma realidade.

¹⁶ <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/05/de-luxo-modernista-a-ocupacao-precaria-a-historia-de-mais-de-meio-seculo-do-predio-que-desabou-em-sao-paulo.shtml?origin=folha>

¹⁷ Registra-se que na fase extrajudicial a atuação se deu de forma conjunta, no âmbito da DPU, por meio da atuação do 2º Ofício Regional de Direitos Humanos e do Grupo de Trabalho em Defesa dos Direitos da População em situação de Rua de São Paulo.

¹⁸ ACP 5011970-90.2018.4.03.6100, 25ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária do Estado de São Paulo.

É comum nos grandes centros a ocupação de prédios e terrenos abandonos, já nas áreas mais afastadas do centro a ocupação normalmente ocorre em áreas protegidas ambientalmente.

A segregação social gerou na sociedade contemporânea um processo antagônico, isto porque o cidadão vulnerável está à margem de direitos básicos (moradia, acesso à rede de esgoto, saúde, educação etc), sujeito a todas as injustiças ambientais, lhe sobra residir em favela sem saneamento básico, em encostas de morros, perto de mananciais poluídos, porém é este cidadão sem informação que vai colaborar no processo de degradação ambiental. Por conseguinte, é causador e vítima.

Por sua vez, é diretriz da política urbana, estatuída pela Lei n. 10.257/01 – Estatuto das Cidades -, em seu artigo 2º, XIV, a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, devendo ser considerada a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Deste modo, com o fito de assegurar o cumprimento da função social da propriedade e da cidade, os entes da federação viram-se obrigados ao reconhecimento legal e jurídico da moradia e da posse daqueles que vivem em assentamentos irregulares ou informais. Nessa senda foi editada a Lei n. 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária urbana e rural, revogando o capítulo III da Lei n. 11.977/2009 que estabelecia normas sobre o tema.

A nova lei de regularização fundiária urbana – Reurb - foi editada em meio a diversas polêmicas, se de um lado há os que a defendem sob o viés de que trouxe regras facilitadoras da regularização, de outro lado ela já é objeto de três ADIs (5883, 5787 e 5771).

A Regularização pode ser dividida em Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) e Reurb de Interesse Social (Reurb-S), o que diferencia as modalidades é a constituição dos ocupantes, no caso da de interesse social a população de baixa renda assim declarada em ato do Poder Executivo municipal, estando estes isentos de custas e emolumentos de diversos atos registrais.

É de se dizer que a Reurb-S engloba também conjuntos habitacionais ou condomínios de interesse social construídos pelo poder público, diretamente ou por meio da administração pública indireta.

Registra-se que a Reurb não visa apenas legalizar a posse dos ocupantes, mas é um conjunto de normas e procedimentos que abrange medidas jurídicas, ambientais, urbanísticas e sociais. Especificamente na Reurb-S caberá ao poder público competente implementar a infraestrutura essencial, os equipamentos comunitários e as melhorias habitacionais previstos nos projetos de regularização, assim como arcar com os ônus de sua manutenção.

Não se pode deixar de mencionar que o principal objetivo da política patrimonial é a monetarização do patrimônio público por meio da venda dos imóveis, conforme se observa da Lei n. 13.240/2015 e da Lei n. 13.465/2017. Todavia a lei editada em 2017, ao prever expressamente a possibilidade de regularização fundiária de bens pertencentes à União, traz mecanismo que facilitam a regularização como a desnecessidade de desafetação do bem público e a simplificação da titulação da propriedade para as pessoas físicas de baixa

renda que, por qualquer título, utilizem regularmente imóvel da União ou provenientes de entidades federais extintas, para fins de moradia até 22 de dezembro de 2016.¹⁹

Importante inovação da nova legislação foi a inclusão da Defensoria Pública como legitimada para requerer a Reurb-S, podendo, para tal, promover todos os atos necessários à regularização fundiária, inclusive requerer os atos de registro.

A atuação da Defensoria Pública se dá de forma conjunta e articulada com os demais entes públicos responsáveis pela regularização fundiária de interesse social. Como a Reurb abrange, além de medidas jurídicas, medidas ambientais, urbanísticas e sociais diversas esferas governamentais devem necessariamente se envolver no projeto. No caso de imóveis pertencentes à União a Secretaria de Patrimônio Público (SPU) - caso não tenha havido transferência da área pública federal ocupada aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal para que estes promovam a Reurb - é o órgão a ser acionado para fins de promoção da regularização.

Vale aqui anotar que o simples requerimento da Reurb-S pelos legitimados, junto ao órgão competente, já produz efeitos imediatos, como elucida Mario do Carmo Ricalde ocorre a estabilização da posse até decisão final:

O requerimento de instauração de Reurb ou, na forma de regulamento, a manifestação de interesse nesse sentido por parte de qualquer dos legitimados garantem perante o poder público aos ocupantes dos núcleos urbanos informais situados em áreas públicas a serem regularizados a permanência em suas respectivas unidades imobiliárias, preservando-se as situações de fato já existentes, até o eventual arquivamento definitivo do procedimento.²⁰

Em havendo concordância da União com a regularização a titulação para a população de baixa renda pode se dar por diversos instrumentos como a concessão de direito real de uso – CDRU, concessão de uso especial para fins de moradia – CUEM, doação, legitimação fundiária, direito de superfície e aforamento.

A regularização fundiária, além de garantir a segurança jurídica da posse, é importante instrumento de inserção social, e como tal em ocorrendo omissão do poder público em efetivá-la a atuação da Defensoria Pública poderá se dar por meio de ingresso de ações judiciais.

¹⁹ Lei n. 13.465/2107:

Art. 71. Para fins da Reurb, ficam dispensadas a desafetação e as exigências previstas no inciso I do *caput* do art. 17 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 86. As pessoas físicas de baixa renda que, por qualquer título, utilizem regularmente imóvel da União, inclusive imóveis provenientes de entidades federais extintas, para fins de moradia até 22 de dezembro de 2016, e que sejam isentas do pagamento de qualquer valor pela utilização, na forma da legislação patrimonial e dos cadastros da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), poderão requerer diretamente ao oficial de registro de imóveis, mediante apresentação da Certidão de Autorização de Transferência (CAT) expedida pela SPU, a transferência gratuita da propriedade do imóvel, desde que preencham os requisitos previstos no § 5º do art. 31 da Lei no 9.636, de 15 de maio de 1998.

²⁰ RICALDE, Mario do Carmo. **Regularização Fundiária Rural e Urbana: impactos da Lei nº 13.465/17**. 1ª ed. Campo Grande: Contemplan, 2018, p 138.

Relativamente ao que se discute temos a exitosa atuação da Defensoria Pública da União em Santa Catarina, que por meio do Defensor Regional de Direitos Humanos postulou a regularização fundiária do bairro Pontal, localizado no Município de Palhoça/SC. Visando impulsionar as tratativas entre os órgãos envolvidos utilizou-se, para composição do conflito, o procedimento da reclamação pré-processual (RPP)²¹, estando o processo de regularização em fase de andamento.²²

Todavia, é de se reconhecer que a maior parte dos pedidos de regularização fundiária se dá quando já em andamento ações possessórias ou ações civis públicas contra os ocupantes, tal qual ocorreu no requerimento de regularização fundiária formulado pela Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal em favor dos ocupantes de terreno de marinha, localizado em área conhecida como Portinho, no Município de Joinville/SC.²³

A atuação da Defensoria Pública, portanto, poderá se dar na via administrativa, como legitimado para requerer a Reurb-S, e na via judicial para fins de garantir o direito de uso dos possuidores do imóvel.

A Defensoria Pública instituição de defesa dos vulneráveis precisa assumir o protagonismo que a nova lei de regularização fundiária lhe atribuiu, atuar requerendo a regularização antes de instaurados os conflitos judiciais e, em sendo refratária a administração pública ao requerimento, utilizar-se para deflagrar o processo de estratégias como a reclamação pré-processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A clivagem social brasileira tem profunda ligação com a constituição do espaço urbano, se por um lado o mercado imobiliário precificou a terra criando exclusão e enormes bolsões de informalidade, de outro o mercado de trabalho segmentado territorialmente dispersou a mão de obra operária.

Os programas habitacionais, apesar de garantida da moradia, não foram capazes de reduzir a desigualdade social, ao contrário, contribuíram para a expansão do território urbano, com a segregação dos menos favorecidos em periferias nem sempre guarnecidas de equipamentos públicos.

Faz-se necessário um novo projeto de urbanização, que seja capaz de incluir nos espaços públicos todos os estratos sociais, que faça ruir a exclusividade territorial, e importante forma de alcançá-lo é por meio de projetos habitacionais.

²¹ Resolução n. 15, de 23 de fevereiro de 2017, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

²² Reclamação pré-processual n. 5002462-91.2018.4.04.7200/SC, CEJUSCON de Florianópolis

²³ <https://www.dpu.def.br/noticias-santa-catarina/158-noticias-sc-slideshow/49748-dpu-requer-regularizacao-fundiaria-da-comunidade-do-portinho-em-joinville>

Em todo país existem imóveis públicos desocupados ou ocupados irregularmente, situados em áreas privilegiadas, capazes de fomentar a inclusão social ao garantir que os antes excluídos tenham acesso as mesmas possibilidades econômicas e culturais de poucos privilegiados.

Não apenas isto, mas os imóveis públicos têm o dever de cumprir sua função socioambiental, estando tal dever associado a obrigação de redução das desigualdades territoriais e sociais, promoção da justiça social, com a garantia de moradia digna e não se pautando exclusivamente na função arrecadadora do patrimônio.

Para cumprir a importante tarefa de agente de redução das desigualdades sociais a Defensoria Pública tem que se lançar na atuação preventiva dos conflitos, em colaboração com outras instituições (inclusive formalizando parcerias para utilizar serviços de especialistas que não tenha em seus quadros) e sociedade civil no processo de mobilização social e sensibilização da administração pública para que esta concretize o direito à moradia aos vulneráveis. Ademais, em consolidada as ocupações pela população de baixa renda, sem que se espere o ajuizamento de ações possessórias ou ações civis públicas, deveria a Defensoria Pública ser a instituição que toma a frente dos requerimentos de Reurb-S, mostrando-se o procedimento da reclamação pré-processual de grande utilidade para deflagrar o processo.

A incumbência da Defensoria Pública de participar do planejamento urbano dos espaços públicos, por meio da defesa da moradia digna, da exigência do cumprimento da função social da propriedade, da inserção dos excluídos no processo decisório das cidades, traz inúmeros desafios, mas a instituição não pode fugir da missão que lhe foi atribuída constitucionalmente ao ser alçada a instrumento do regime democrático, é seu dever participar da restauração da solidariedade e do senso de comunidade indispensáveis a cidadania democrática que se restabelecerá, dentre outros, com o fim da segmentação espacial calcada na classe social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto n. 1.749, de 26 de junho de 1937. **Aprova novo regulamento para a aquisição de prédios destinados a moradia dos associados e a sede dos Institutos, e Caixas de Aposentadorias e Pensões**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937.

_____. Decreto-Lei n. 9.218, de 1º de maio de 1946. **Autoriza a instituição da “Fundação da Casa Popular”**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946.

_____. Decreto-Lei n. 9.777, de 6 de setembro de 1946. **Estabelece bases financeiras para a “Fundação da Casa Popular” e dá outras providências**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946.

_____. Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. **Dispõe sobre as terras devolutas do Império.** Rio de Janeiro, 1850.

_____. Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964. **Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências.** Brasília: Senado, 1964.

_____. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.** Brasília: Senado, 2001

_____. Lei n. 13.240, de 30 de dezembro de 2015. **Dispõe sobre a administração, a alienação, a transferência de gestão de imóveis da União e seu uso para a constituição de fundos;** altera a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, e os Decretos-Lei nºs 3.438, de 17 de julho de 1941, 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; e revoga dispositivo da Lei nº 13.139, de 26 de junho de 2015. Brasília: Senado, 2015.

_____. Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. **Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal;** institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 jul. 2017. Retificado em 6 de jul. 2017 e publicado texto consolidado no DOU de 8 set. 2017.

_____. Medida Provisória 2.220, de 4 de setembro de 2000. **Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 5 set. 2001.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Nota à Imprensa sobre Imóveis da União.** Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticias/nota-a-imprensa-7>, publicado em 02/05/2018. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. Resolução n. 2458 do Conselho Monetário Nacional, de 18 de dezembro de 1997. **Dispõe sobre a utilização de alienação fiduciária de coisa imóvel, nos termos da Lei nº 9.514, de 20.11.97, em contratos de financiamento habitacional de que trata o Regulamento anexo à Resolução nº 2.458, de 18.12.97.** Brasília: Banco Central do Brasil, 1998

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5771, Rel. Ministro Luis Fux.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5787, Rel. Ministro Luis Fux.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5883, Rel. Ministro Luis Fux.

_____. Tribunal de Contas da União, **Processo TC 025.715/2017-8**, Acórdão 1273/2018, Relator Ministro Vital do Rêgo, Julgado em 06/06/2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Resolução n. 15**, de 23 de fevereiro de 2017. Regulamenta o procedimento da relação pré-processual e o da homologação de acordo extrajudicial dela decorrente. Diário Eletrônico Administrativo de 7 de mar. 2017.

_____. Tribunal Federal da 5ª Região, **ACP 2004.84.00.008808-7/RN**, Relator Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, DJe 16/09/2010.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina, CEJUSCON de Florianópolis, **Reclamação pré-processual n. 5002462-91.2018.4.04.7200/SC.**

_____. Justiça Federal de São Paulo, 25ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, **ACP 5011970-90.2018.4.03.6100.**

COSTA, Duane Brasil e AZEVEDO, Uly Castro de. **Das Senzalas às Favelas: Por onde vive a população negra brasileira.** Disponível em: http://www.fvj.br/revista/wp-content/uploads/2016/07/Socializando_2016_12.pdf. Acesso em: 30 out. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Séries Históricas e Estatísticas. Taxa de Urbanização.** Disponível em: <https://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122>. Acesso em: 30 out. 2018.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito Ambiental.** 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FIX, Mariana. **Financeirização e transformações recentes no circuito imobiliário no Brasil.** (Tese de Doutorado em Desenvolvimento Econômico. IE-Unicamp, Campinas, 2011). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, 2011.

NOGUEIRA, Ligia e SOUZA, Felipe. **De luxo modernista à ocupação precária: a história de mais de meio século do prédio que desabou em São Paulo.** Folha de São Paulo, São Paulo, 1º de maio de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/05/de-luxo-modernista-a-ocupacao-precaria-a-historia-de-mais-de-meio-seculo-do-predio-que-desabou-em-sao-paulo.shtml?origin=folha>. Acesso em: 5 dez. 2019.

RICALDE, Mario do Carmo. **Regularização Fundiária Rural e Urbana: impactos da Lei nº 13.465/17**. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2018.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos Lugares: A colonização da terra e da moradia na era das finanças**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. 5. ed, 4 reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2018.

SOUZA, Leda Maria. **Análise Comparativa Das Políticas Habitacionais Nos Governos Fernando Henrique Cardoso E Luiz Inácio Lula da Silva**. 2005. Dissertação (Mestrado Profissionalizando em Gestão de Políticas Públicas) – Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2005.

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E O ACESSO A MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO NO BRASIL: UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA

*THE PHENOMENON OF JUDICIALIZATION AND ACCESS TO HIGH COST MEDICATIONS
IN BRAZIL: A SYSTEMATIC REVIEW OF THE LITERATURE*

Silvia Maria Aparecida Vitorino

*Mestre em Tecnologias da Informação e Comunicação
Instituição de Ensino pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU
Administradora - DPU Uberlândia*

silviavitorino2006@yahoo.com.br

RESUMO

O fenômeno da judicialização da saúde no Brasil é recente, porém tomou grande vulto nas duas últimas décadas, como consequência das demandas judiciais que obrigam o Estado a prover de bens e serviços de saúde, inclusive o fornecimento de medicamentos de alto custo para tratar doenças raras. Objetiva-se nesse estudo traçar o perfil das produções acadêmicas sobre a judicialização do acesso à medicamentos de alto custo no Brasil, analisando estudos publicados nos últimos quatorze anos em base de dados primárias como *Google Scholar, Acadêmico*, que segmentaram em trabalhos de fontes secundárias como *Scielo, Medline*, Revistas de Saúde Pública, de Direito Sanitário, *Fiocruz, Brazilian Political Science*, Escola de Saúde Pública, além de trabalhos vinculados a Universidades Públicas Federais, (CAPES) – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, que juntos compuseram a amostra. Para traçar esse perfil, realizou uma revisão sistemática com teses de doutorado, dissertações de mestrado, artigos científicos e capítulos de livros. A amostra perfaz 69 estudos com uma produção progressiva desde 2005, em todas as regiões do país, com destaque para a região sudeste, ganhando amplo enfoque na área da saúde. Os resultados apontaram que essa demanda acarreta interferências nas políticas públicas comprometendo o orçamento da saúde, porém é uma estratégia para o enfrentamento do problema. O perfil das produções acadêmicas versa sobre as características dos requerentes, o comportamento similar nas decisões judiciais e, ainda, sobre o percentual dos medicamentos requeridos que apresentam alternativa terapêutica – (79%), além das dificuldades apresentadas pelos órgãos públicos para o cumprimento dessas decisões judiciais.

Palavras-chave: Judicialização. Medicamentos. Sistema único de Saúde. Ações Judiciais.

ABSTRACT

The phenomenon of judicialization of health in Brazil is recent, but took a great figure in recent years, more specifically in the past two decades, as a result of lawsuits to compel the State to provide health facilities, goods and services, including the supply of high cost medications for the treatment of rare diseases. The objective of the present study was to trace the profile of academic productions on the judicialization of access to medicines for high cost in Brazil, analyzing the studies published in the last fourteen years on the basis primary database such as Google Scholar , which segmentaram in works of secondary sources such as Scielo, Lilacs, Medline, magazines of Public Health, Fiocruz, Journal of Health Law, Brazilian Political Science, School of Public Health, as well as jobs linked to Federal Public Universities, and the (CAPES) – [Higher Education Personnel Improvement Coordination] that comprised the sample analyzed. To trace this profile, we conducted a systematic review with theses doctoral dissertations, scientific articles and chapters of books. The sample makes 69 studies with a progressive production since 2005, in all regions of the country, with emphasis on the southeastern region, gaining wide results showed that this demand causes interference in public policies affecting the health budget, but it is also a strategy for dealing with the problem. The profile of the academic productions focus on the focus in the area of health. The characteristics of applicants, the similar behavior in judicial decisions, and also about the percentage of the required medicines which have a therapeutic alternative - (79%), in addition to the difficulties presented by public bodies for compliance with these judgments.

Keywords: judicialization. Medicines. System Unique of Health. lawsuits.

Data de submissão: 30/05/2019

Data de aceitação: 17/01/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. POLÍTICA DE MEDICAMENTOS E O DEVER LEGAL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DO SUS 2. ASPECTOS METODOLÓGICOS 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Embora o direito à saúde esteja contemplado no texto constitucional de 1988, mais especialmente no artigo 196,¹ preceitua:

O art.196º da Constituição Federal aponta que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse prisma, carências de natureza gerencial, administrativa e orçamentária, entre outras, restringem a capacidade operativa dos órgãos e entidades responsáveis pela sua efetivação desencadeando um fenômeno denominado judicialização do direito à saúde. Este fenômeno é observado quando os indivíduos adotam a iniciativa de recorrer ao Poder Judiciário para garantirem o direito de acesso aos meios e recursos necessários a melhoria de suas condições clínicas. Como o atendimento a saúde deve ser integral, contemplando todas as necessidades do indivíduo, o fenômeno também é observado quando o paciente recorre à justiça para garantir o direito de acesso a medicamentos que deveriam ser fornecidos gratuitamente pelo poder público.²

A norma constitucional prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas. Ademais, o tipo constitucional impõe o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, ao tratarem do tema, doutrinam:

O art.6º da Constituição Federal indicou a saúde como um direito social incluindo-o, portanto, no rol dos chamados Direitos fundamentais. Na verdade, o direito à saúde constitui um desdobramento do próprio direito à vida, logo, por evidente, não poderia deixar de ser considerado como um direito fundamental do indivíduo. Nesse sentido, o art.196 prescreve que a saúde é direito de todos e um dever do Estado, criando, por assim dizer, um direito subjetivo público de atenção à saúde, cuja tutela tanto pode dar-se pela via coletiva como pela individual.³

No Brasil, segundo Wannmacher (2010), Cooper *et al* (2009), Bonfim (2008), o acesso a medicamento é parte do direito à saúde, por se tratar de um bem importante para o cuida-

¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Planalto

² JUNIOR, P.B.R. **A Judicialização do Acesso a Medicamentos** – A Perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, 2008. p.51.

³ ARAUJO, I. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**, 2005, p. 584.

do, por seu potencial para prevenir e curar doenças ou até salvar vidas.^{4,5,6} No mesmo eixo, Oliveira (2007), aponta que a garantia do acesso, contudo, é uma questão complexa que depende do contexto econômico, político e social. A situação mundial revela uma grave iniquidade no acesso: apenas 10% da população mundial consomem 90% da produção de medicamentos.⁷

De modo geral, Pessoa (2007) revela que a melhoria do acesso está associada às condições socioeconômicas, especialmente da distribuição de renda, mas também à capacidade de financiamento dos sistemas de saúde, ao uso racional dos medicamentos e à eficiência na gestão dos recursos. Ademais, características próprias da área farmacêutica representam desafios à garantia do acesso: a complexidade da seleção de quais produtos ofertarem, a opacidade dos mecanismos de definição de preços e as dificuldades de desenvolvimento de ações efetivas para promover o uso racional.⁸

A Política de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde - (SUS) define as diretrizes de gestão para assegurar o fornecimento e o uso racional de medicamentos. Atualmente, encontra-se organizada em três componentes: básico - medicamentos para o tratamento de doenças mais prevalentes; estratégico - medicamentos para o tratamento de endemias e Aids; e especializado - medicamentos cuja utilização depende da observação de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas⁹. Apesar de tecnicamente consistente, Figueiredo et al (2010), aponta que a Política de Assistência Farmacêutica não tem conseguido atender às necessidades de acesso a medicamentos, por uma série de fatores, entre os quais se podem citar: o desconhecimento ou a não adesão dos prescritores às listas de medicamentos disponíveis, as falhas na oferta tempestiva e a pressão do setor produtivo em prol do uso de fármacos não contemplados nas listas.¹⁰

As dificuldades de acesso explicam, em parte, o recurso dos usuários do SUS ao Poder Judiciário. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública, almeja, primordialmente, a concretização dos direitos previstos na Constituição. Essa intervenção pode ser chamada de judicialização, quando, por sua magnitude ou abrangência, implica a transferência para o Judiciário de decisões que caberiam aos Poderes Executivo e Legislativo.¹¹ Em Vianna (2002), a judicialização é a resposta dos cidadãos, ressalta que quando o Estado não cumpri com suas obrigações, sendo o Judiciário

⁴ WANNMACHER, L. **Importância dos Medicamentos Essenciais em Prescrição e Gestão Racionais**, 2010. p.32.

⁵ COOPER, H. M.; HEDGES, L. V. *The Handbook of research synthesis and meta-analysis*. New York: The Russel Sage Foundation, 2009.

⁶ BONFIM, R.L.D. **Agenda Única de Saúde: a busca do acesso universal e a garantia do direito à saúde**. 2008, p.172-185.

⁷ OLIVEIRA, M.A.; BERMUDEZ, J.A.Z.; OSORIO-DE-CASTRO, C.G.S. **Assistência Farmacêutica e acesso a medicamentos**, 2007, p.132.

⁸ PESSOA, N.T. **Perfil das solicitações administrativas e judiciais de medicamentos impetradas contra a secretaria de saúde do estado do Ceará**, 2007, p.168-185.

⁹ BRASIL. **Assistência farmacêutica no SUS**, 2011. p.186.

¹⁰ FIGUEIREDO, T.A.; PEPE, V.L.E.; OSORIO-DE-CASTRO, C.G.S. **Um enfoque sanitário sobre a demanda judicial de medicamentos**, 2010, p.101-118.

¹¹ MACHADO, F.R.S. **A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias**. 2010, p.187.

a última opção para reivindicar seus direitos.¹²

Destarte, o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil é recente, porém tomou grande vulto nas duas últimas décadas, como consequência das demandas judiciais que obrigam o Estado a prover de bens e serviços de saúde, inclusive o fornecimento de medicamentos de alto custo para tratar doenças raras. Objetiva-se nesse estudo traçar o perfil das produções acadêmicas, por meio de seus objetivos e resultados apresentados sobre a judicialização do acesso à medicamentos de alto custo no Brasil, analisando estudos publicados nos últimos dez anos em base de dados primárias como *Google Acadêmico*, que segmentaram em trabalhos de fontes secundárias como *Scielo*, *Lilacs*, *Medline*, *Revistas de Saúde Pública*, de *Direito Sanitário*, *Fiocruz*, *Brazilian Political Science*, *Escola de Saúde Pública*, além de trabalhos vinculados a Universidades Públicas Federais, (CAPES) – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, que juntos compuseram a amostra. Para traçar esse perfil, realizou uma revisão sistemática com teses de doutorado, dissertações de mestrado, artigos científicos e capítulos de livros.

As ações judiciais que pleiteiam o acesso a medicamentos têm tomado grande vulto, causando impactos significativos na estruturação, no financiamento e na organização do sistema de saúde, Sant'ana (2011). Iniciaram-se com ações que exigiam o fornecimento de medicamentos para o tratamento da Aids, estratégia bem-sucedida, que se estendeu, a seguir, para as mais variadas doenças.¹³

O tema envolve questões legais, éticas, políticas, econômicas e sociais, no que se refere ao dever do Estado, à escassez dos recursos e ao conflito entre direitos individuais e direitos coletivos.¹⁴

A partir desse contexto, o objeto de pesquisa é a judicialização de medicamentos de alto custo no Brasil. As perguntas de pesquisa consistem em responder: qual o perfil das produções acadêmicas sobre a judicialização do acesso a medicamentos de alto custo no Brasil?

A partir disso foram analisados e apresentados os resultados da pesquisa realizada entre os meses de março a dezembro de 2018, tendo como suporte as bases de dados expostas na metodologia.

1. POLÍTICA DE MEDICAMENTOS E O DEVER LEGAL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DO SUS.

Sendo a saúde dever do estado a sua garantia, os medicamentos para tratamento de do-

¹² VIANNA,L.W. **A democracia e os três poderes no Brasil**, 2002, p. 17-42.

¹³ SANT'ANA,J.M.B.*et al.* **Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil**, 2011, p.158.

¹⁴ CATANHEIDE;I.D.LISBOA,E.S.SOUZA,L.E.PF. **Característica da Judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: Uma revisão sistemática**, 2018, p.67-85.

enças, ou prevenção das mesmas, vêm embutidos na concessão desse direito, de forma integral e igualitária.¹⁵ O Art.196 da CF, diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse enfoque, é dever do estado garantir a saúde ao cidadão, assim sendo, é inconcebível a recusa do fornecimento de medicamentos a pacientes que deles necessitem, principalmente aqueles em estado grave e, sem condições financeiras de custear tais despesas para o acesso a esses remédios, cuja função destes é retomar seu estado de saúde pleno.

Havendo, assim, entre os entes federativos, o Estado, a União e o Município, uma obrigatoriedade de fornecimento desses medicamentos entre sua população.

No escopo de cumprir o seu dever legal, o sistema único de saúde (SUS) oferece vários medicamentos gratuitos para a população, desde que conste na relação de uma lista de medicamentos, denominada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, credenciada pelo Estado e implantada nas secretarias e postos de saúde. A publicação dessa lista é feita pelo Ministério da Saúde, com os medicamentos para combater as doenças mais comuns que atingem a sociedade brasileira. Tem-se o objetivo de assegurar o acesso da população à medicamentos aos quais não teriam condições de pagá-los, ou ainda fornecer de modo gratuito independente da situação financeira.

Desta forma, a pessoa deve comprovar a necessidade do medicamento, através de receita médica atualizada, por médico credenciado pelo sistema único de saúde, e ainda, através de exames de diagnósticos.¹⁶

Salazar *et al* (2008), Boing *et al* (2010), Chieff *et al* (2009), apontam ter ainda de ser lembrado que o médico, por meio de seu relatório, fundamentadamente, tem que comprovar a eficácia e segurança do medicamento determinado para aquele tratamento, além de registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.^{17,18,19}

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para atingir os objetivos do estudo e ainda responder ao problema de pesquisa proposto,

¹⁵ BRANDÃO,L.S. **A judicialização da saúde quanto ao fornecimento de medicamentos**, 2015, p.5-8.

¹⁶ Idem

¹⁷ SALAZAR, *et al*. **A judicialização dos anti-retrovirais no Brasil**. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde,2008, p.43-52.

¹⁸ BOING, A.C.;BLOEMER,N.S.;ROESLER, C. O. **Dilema do poder judiciário: Acesso e direito aos medicamentos** (the dilemma of the judiciary: Law and access to medicines), 2010, p.67-85.

¹⁹ CHIEFFI,A.L.;BARATA,R.B. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade**, 2009, p.142-156.

será realizada uma revisão sistemática de todos os trabalhos publicados sobre o processo de judicialização do acesso a medicamentos de alto custo no Brasil, adotou-se a seguinte estrutura: (a) identificação da base de dados-fontes para consulta; (b) critérios de inclusão-exclusão pela leitura do título, leitura do resumo e finaliza com a leitura do texto completo; (c) objetivos da pesquisa; (d) resultado da pesquisa; (e) considerações finais.

A pergunta que norteou o desenvolvimento deste estudo foi composta da seguinte forma: qual o perfil das produções acadêmicas sobre a judicialização do acesso a medicamentos de alto custo no Brasil? O estudo foi distribuído nos últimos quatorze anos, a instituição de filiação do principal autor, a localização da instituição por região do Brasil, o tipo de publicação, os descritores utilizados na pesquisa, os objetivos da pesquisa como primeira abordagem de escolha e os resultados das pesquisas como segunda abordagem de escolha, uma abordagem não exclui a outra, cabe ressaltar que ambas são complementares e não excludentes, ou seja, em algumas pesquisas não existem a segunda abordagem, apenas a primeira, pois a pesquisa pode ainda encontrar-se em desenvolvimento no momento da busca.

A base de dados foi composta por fontes primárias e retiradas do *Google Scholar* e *Google Acadêmico*, que segmentaram em trabalhos de fontes secundárias como Revista de Saúde Pública, Fiocruz, Revista de Direito Sanitário, *Scielo*, *Brazilian Political Science Review*, Cadernos de Saúde Pública, Livro de Direito Sanitário: Saúde e Direito, Ministério da Saúde, *Physis*, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Universidade Federal Fluminense, Universidade de Brasília, Revista Âmbito Jurídico, Revista *Amicus Curiae*, Biblioteca Digital da FGV, Constituição Federal, Revista Ciência e Saúde Coletiva, Conasems – Ministério da Saúde, Revista Direito e Justiça, Faculdade Estácio de Sá, Revista Femina, Fundação Getúlio Vargas, Revista *Health & Social Change*, *Revista Health and Human Rights*, Instituto de Saúde, Curso de Direito Constitucional, *Medline*, PUC – Salvador, Revista Brasileira de Políticas Públicas Uniceub, Revista Brasileira de Cirurgias Cardiovasculares, Revista de Medicina de Minas Gerais, *Revista Panamericana de Salud Publica*, Revista Associação Médica Brasileira, Revista AJURIS, Revista BVS – Brasileira de Vigilância em Saúde, Revista de Direito Sanitário, Revista DPU – Defensoria Pública da União, *The Russel Sage Foundation*, Universidade Federal da Bahia, Universidade Federal do Ceará, Universidade Federal de Goiás, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade Federal de Santa Catarina, Univale, Universidade de Marília, Universidade de São Paulo.

O critério de inclusão-exclusão foi composto por títulos com os seguintes descritores: medicamento; judicialização; ações judiciais; decisões judiciais; *health*; *medicine*; judicial, legal, de forma combinada e descrita abaixo:

1. *Google Scholar* (judicialização AND medicamento AND sistema único de saúde, judici\$ AND medicament\$), judici\$ AND decis\$ judici\$,
2. *Google Acadêmico* (judicialização AND medicamento AND sistema único de saúde, judici\$ AND medicament\$), judici\$ AND decis\$ judici\$,
3. *Medline*: (“medicine”[MeSH Terms] OR “medicine”[All Fields]) AND judicial [All Fields]
4. Portal CAPES: judicialização, medicamentos, medicamentos ações judiciais, decisões

judiciais, demandas judiciais;

5.*Scielo*: (judicia\$ AND medicament\$, judic\$ AND saúde\$, direito AND medicamento AND ações judiciais).

A busca foi realizada entre os meses de Março a dezembro de 2018 e com as estratégias utilizadas nas cinco bases de dados acima foi possível localizar (n=2382) resultados.

Destes, (n=1852) foram excluídos pela leitura do título, quando tratavam do tema da judicialização da saúde, porém não voltados para o acesso a medicamentos, ou de estudos em duplicidade, ou ainda por não estarem disponíveis na íntegra.

Restaram (n=530) estudos que passaram por um segundo nível de análise, baseado na leitura do resumo e, nessa parte da pesquisa, foram retirados aqueles que tratavam da judicialização da saúde, porém não abordavam prioritariamente o acesso a medicamentos de alto custo no Brasil. Nessa etapa foram excluídos (n=460) trabalhos, restando (n=69) estudos, que foram selecionados por cumprirem todas as etapas. Ao final da leitura do texto na íntegra foram identificados 5 teses de doutorado, 11 dissertações de mestrado, 51 artigos e 1 legislação, 1 livro.

A etapa final que compôs a análise, foi realizada a extração dos dados com a utilização das etapas elaboradas para o princípio da inclusão-exclusão no intuito de traçar o perfil das produções científicas que abordam a judicialização do acesso a medicamentos de alto custo no Brasil. Os dados coletados foram submetidos à estatística descritiva, utilizando percentagem, para amostras independentes, analisados por categoria, de acordo com os critérios pré-estabelecidos.

Esses dados podem ser vislumbrados e estratificados conforme figura 01 abaixo:

Figura 01: Tabela de Publicações Coletadas

| AUTORES | BASE DE DADOS | FONTE | ANO | PUBLICAÇÕES | PERCENTAGEM |
|---------------------|--------------------|----------------|------|-------------|-------------|
| LOPES, et al | Rev Saude Publica | Artigo | 2010 | 8 | 11,58% |
| MACEDO, et al | Rev Saude Publica | Artigo | 2011 | | |
| MACHADO, M. | Rev Saude Publica | Artigo | 2011 | | |
| SANT'ANA, J.M.B | Rev Saude Publica | Artigo | 2011 | | |
| VIEIRA, F. S | Rev. Saúde Pública | Artigo | 2012 | | |
| MINISTÉRIO DA SAÚDE | Rev. Saúde Pública | Artigo | 2010 | | |
| CHIEFFI, et al | Rev. Saúde Pública | Artigo | 2010 | | |
| COELHO, et al | Rev. Saúde Pública | Artigo | 2014 | | |
| MACHADO-DOS-SANTOS, | Fiocruz | Artigo | 2011 | 3 | 4,34% |
| SILVA, | Fiocruz | Tese Doutorado | 2011 | | |
| OLIVEIRA, | Fiocruz | Artigo | 2007 | | |

| | | | | | |
|-------------------|------------------------------------|----------------------|------|---|-------|
| MARQUES, O.R.A. | Rev. Direito Sanit. | Artigo | 2011 | 3 | 4,34% |
| MARQUES, S.B | Rev. Direito Sanit. | Artigo | 2009 | | |
| TANAKA, | Rev. Direito sanit. | Artigo | 2008 | | |
| BIEHL, et al. | Scielo | Artigo | 2015 | 3 | 4,34% |
| CATANHEIDE, et al | Scielo | Artigo | 2016 | | |
| MACHADO, et al | Scielo | Artigo | 2013 | | |
| OLIVEIRA, V.E | Brazilian Political Science Review | Artigo | 2011 | 2 | 2,89% |
| MENICUCCI, | Brazilian Political Science Review | Artigo | 2010 | | |
| BORGES,et al | Cad. Saúde Pública | Artigo | 2010 | 2 | 2,89% |
| CHIEFFI, et al | Cad. Saúde Pública | Artigo | 2009 | | |
| ELIAN, | Direito Sanitário: Saúde e Direito | Livro | 2010 | 2 | 2,89% |
| PAULA, PS | Direito Sanitário: Saúde e Direito | Livro | 2010 | | |
| SALAZAR, | Ministério da Saúde | Artigo | 2008 | 2 | 2,89% |
| WANNMACHER, | Ministério da Saúde | Artigo | 2010 | | |
| DALLARI, | Physis | Artigo | 2010 | 2 | 2,89% |
| FIGUEIREDO, | Physis | Artigo | 2010 | | |
| BONFIM | UERJ | Tese Doutorado | 2008 | 2 | 2,89% |
| MACHADO, | UERJ | Tese Doutorado | 2010 | | |
| COSTA, C.C. | UFF | Artigo | 2008 | 2 | 2,89% |
| MARTINS, | UFF | Artigo | 2011 | | |
| CONTI, | UNB | Dissertação Mestrado | 2013 | 2 | 2,89% |
| ROQUETE, | UNB | Dissertação Mestrado | 2010 | | |
| BRANDÃO, | Âmbito Jurídico | Artigo | 2015 | 1 | 1,44% |
| LIVRAMENTO, et al | Amicus Curiae | Artigo | 2011 | 1 | 1,44% |
| JUNIOR, | Biblioteca Digital FGV | Artigo | 2017 | 1 | 1,44% |
| BRASIL | CF | Lei | 1988 | 1 | 1,44% |
| PEPE, | Ciência & Saúde Coletiva | Artigo | 2010 | 1 | 1,44% |
| BRASIL | Conasems | Artigo | 2011 | 1 | 1,44% |
| OHLAND, | Revista Direito & Justiça | Artigo | 2011 | 1 | 1,44% |
| FERREIRA, | Faculdade Estácio de Sá -RJ | Dissertação Mestrado | 2007 | 1 | 1,44% |
| POMPEI, | Revista Femina | Artigo | 2010 | 1 | 1,44% |

| | | | | | |
|---------------------|------------------------------------|-------------------------|------|---|-------|
| REIS JUNIOR, | FGV | Dissertação Mestrado | 2008 | 1 | 1,44% |
| BOING, et al | Revista Health & Social Change | Artigo | 2010 | 1 | 1,44% |
| FERRAZ, | Revista Health and Human Rights | Artigo | 2009 | 1 | 1,44% |
| SCHEFFER, | Instituto de Saúde | Artigo | 2009 | 1 | 1,44% |
| ARAÚJO et al | Curso de Direito Constitucional | Livro | 2005 | 1 | 1,44% |
| LAFFIN, et al | Medline | Artigo | 2017 | 1 | 1,44% |
| FARIAS, | PUC Salvador-Ba | Dissertação Mestrado | 2010 | 1 | 1,44% |
| COSTA,E.V. | RBPP - Uniceub | Artigo | 2017 | 1 | 1,44% |
| BRANDAU, et al | Rev Bras Cir Cardiovasc | Artigo | 2005 | 1 | 1,44% |
| ANDRADE, et al | Rev Med Minas Gerais | Artigo | 2008 | 1 | 1,44% |
| SANT'ANA, J.M.B | Rev Panam Salud Publica | Artigo | 2009 | 1 | 1,44% |
| VIEIRA, F. S | Rev. Assoc. Med. Bras | Artigo | 2009 | 1 | 1,44% |
| FREITAS, | Revista AJURIS | Artigo | 2017 | 1 | 1,44% |
| MINISTÉRIO DA SAÚDE | Revista BVS | Artigo | 2010 | 1 | 1,44% |
| ROMERO, | Revista de Direito Sanitário | Artigo | 2010 | 1 | 1,44% |
| SANTOS, | Revista DPU | Artigo | 2019 | 1 | 1,44% |
| COOPER, et al | The Russel Sage Foundation | Artigo | 2009 | 1 | 1,44% |
| TORRES, | UFBA | Dissertação Mestrado | 2013 | 1 | 1,44% |
| PESSOA, | UFC | Dissertação Mestrado | 2007 | 1 | 1,44% |
| PROVIN, | UFG | Tese Doutorado | 2011 | 1 | 1,44% |
| VIANNA, | UFMG | Artigo | 2002 | 1 | 1,44% |
| PAULA, | UFP | Artigo | 2011 | 1 | 1,44% |
| Anjos | UFRGS | Dissertação Mestrado | 2009 | 1 | 1,44% |
| RONSEIN, | UFSC | Dissertação Mestrado | 2010 | 1 | 1,44% |
| CUNHA, | Univale | Artigo | 2011 | 1 | 1,44% |
| WANDERLEY, | Universidade de Marília | Dissertação Mestrado | 2010 | 1 | 1,44% |
| MARQUES, S.B | USP | Tese Doutorado | 2010 | 1 | 1,44% |

Fonte: Autora (2019).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os 69 estudos localizados pela busca, compõe a produção científica que aborda o tema dos últimos quatorze anos, sobre o processo de judicialização do acesso a medicamentos de alto custo no Brasil. Há que se considerar que houve uma crescente busca por estudar o tema a partir de 2005.

O perfil das produções acadêmicas versa sobre as características dos requerentes, o comportamento similar nas decisões judiciais e, ainda, sobre o percentual dos medicamentos requeridos que apresentam alternativa terapêutica – (79%), além das dificuldades apresentadas pelos órgãos públicos para o cumprimento dessas decisões judiciais, conforme é discorrido nos resultados abaixo:

Como mecanismo para identificar as instituições que mais se envolveram com o tema, registrou-se a filiação institucional do primeiro autor informada em cada estudo. Foram informadas 19 instituições de ensino e 23 revistas voltadas para a área acadêmica da saúde, destaque para as revistas de Saúde Pública, Direito Sanitário *Scielo* e a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), juntas produziram o maior número de publicações (n=17), assumindo 24,60% desse universo, seguida pelo grupo de revistas *Brazilian Political Science Review*, *Cadernos de Saúde Pública*, o livro de Direito Sanitário: Saúde e Direito, a instituição Ministério da Saúde, *Revista Physis*, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Universidade Federal Fluminense, Universidade de Brasília, que juntas publicaram 16 trabalhos (n=23,12%), as demais publicações (n=36) perfazem um total de 51,84%, correspondem livros, leis, revistas, institutos de ensino e instituições de ensino.

Para os periódicos, merecem destaque a *Revista de Saúde Pública*, *Fiocruz*, *Revista de Direito Sanitário*, *Scielo*, *Brazilian Political Science Review*, *Cadernos de Saúde Pública*, *Physis*, que juntos são responsáveis pela publicação de 23 trabalhos (n=33,27%), o restante perfazem um total de 69,18% da produção.

Por critérios de localização geográfica, considerando estudos apenas de instituições brasileiras, têm-se 54% composto de estudos em universidades da região sudeste, 25% na região sul, 18% na região centro-oeste, e 3% na região nordeste. Convém ressaltar que não houve nenhum estudo apresentado pela região norte e que ainda vale lembrar que este trabalho é fruto de estudo realizado na região sudeste.

Quanto ao tipo de publicação, em sua maioria apresenta-se como artigo científico, n=51 (73,91%), seguida por dissertações de mestrado, n=10 (14,49%), teses de doutorado n=4 (5,79%), n=3 livros (4,34%), lei n=1 (1,44%). Das palavras-chaves utilizadas para inclusão-exclusão da pesquisa, foram destacadas as mais frequentes: judicialização (n=33), medicamento (n=18), decisões judiciais (n=15), sistema único de saúde (n=10), demandas judiciais (n=6).

Por se tratar de estudo sobre a judicialização do acesso a medicamentos, esperava-se que essas palavras fossem aparecer referidas em um número maior de resultados, porém, como palavras-chaves, foram mencionadas, respectivamente, em apenas 25% dos estudos.

Para Caramelli (2011), Pompei (2011), Brandau *et al* (2005), Marques (2011); ressaltam a importância das palavras-chaves apropriadas como uma das etapas mais importantes na publicação científica^{20, 21, 22, 23}. Quanto à natureza da pesquisa, destacam-se estudos de natureza literalmente empírica n=58 (67,4%) em relação àqueles de natureza básica-teórica, n=28 (32,6%).²⁴

Em relação aos objetivos da pesquisa sobre a judicialização do acesso a medicamentos de alto custo no Brasil, foram encontrados resultados que cruzados e agrupados por similaridade da área pesquisada e são apresentados de forma esquemática abaixo:

Abordar a construção jurisprudencial da responsabilidade solidária dos entes federativos no que tange ao fornecimento de medicamentos, foi o objetivo principal do estudo de Machado (2013), têm como resultado que o fenômeno da judicialização na saúde pode indicar falhas do sistema público de saúde, uma vez que há solicitações de medicamentos constantes de suas listas.²⁵

Reis e Júnior (2008), abordam as principais dificuldades enfrentadas pela Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro para cumprir as determinações emanadas pelo Poder Judiciário em atendimento ao que foi demandado pela sociedade.²⁶

Os estudos de Ohland (2011), aborda as características das decisões processuais, discute a responsabilidade solidária dos entes federativos no que tange ao fornecimento de medicamentos, finaliza que o conceito de solidariedade do Código Civil, o Poder Judiciário tem chamado ao processo os três entes federados para figurar no pólo passivo, obrigando-os solidariamente à satisfação da tutela pleiteada.²⁷

Borges, *et al* (2005), discutem a atuação e o comportamento do judiciário nas decisões, apresenta como resultado que o Poder Judiciário concede os pedidos formulados sem considerar a padronização de medicamentos adotada pelo Ministério da Saúde, exercendo assim uma excessiva intervenção na política de saúde.²⁸

Em Romero(2010), Salazar *et al* (2008), Pepe *et al* (2010), abordam a jurisprudência do

²⁰ CARAMELLI, B. **Resumo:** o trailer da comunicação científica, 2011, p.143.

²¹ POMPEI, L.M. **Descritores ou palavras-chave nas bases de dados de artigos científicos**, 2011, p.172.

²² BRANDAU, R.; MONTEIRO, R.; BRAILE, D.M. **Importância do uso correto dos descritores nos artigos científicos**, 2005, p.138.

²³ MARQUES, S.B. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil:** diálogos entre o direito, a política e a técnica médica, 2011, p.58.

²⁴ Idem

²⁵ MACHADO, M.A.A, *et al.* **Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil**, 2013, p.185 - 205.

²⁶ REIS JUNIOR, P.B. **A judicialização do acesso a medicamentos na perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro**, 2008, p.132 – 142.

²⁷ OHLAND, L. **A responsabilidade solidária dos entes da federação no fornecimento de Medicamentos**, 2011, p.36 (1).

²⁸ BORGES, D.C.L.; UGÁ, M.A.D. **Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos:** as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, 2005, p.122.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em relação as ações de medicamentos, resulta que a jurisprudência do TJDF sobre a matéria foi conformada pelo julgamento das ações por medicamentos antiretrovirais impetradas por pacientes de AIDS contra a SESDF no final da década de 90 e, se consolidou no período estudado, favorecendo a efetivação do acesso ao medicamento, ainda que com impactos relevantes sobre aspectos técnicos, financeiros e de gestão da política de assistência farmacêutica adotada.^{29,30,31}

Para Machado *et al* (2011), analisar o perfil dos requerentes dos medicamentos pleiteados pelas ações judiciais,³² observa-se que dentre os medicamentos não disponíveis no sistema público, 79,0% apresentavam alternativa terapêutica nos programas de assistência farmacêutica.

As características médico-sanitárias, saúde e direito são discutidas por vários estudos. Pepe *et al*(2010), discute ainda a adequação das determinações judiciais quanto ao acesso a produtos farmacêuticos, e tem como resultado que a vigilância sanitária tem se tornado *locus* de produção de saber e ocupado fóruns importantes de produção científica voltados à Saúde Coletiva no Brasil, sendo ela ainda concentrada, assim como outras áreas na Saúde.

Os estudos de Costa et al (2017), buscam investigar o fenômeno da judicialização do direito à saúde, no que atine especificamente aos medicamentos de alto custo. Para isso, analisaram a atuação do Supremo Tribunal Federal e os critérios hermenêuticos utilizados no julgamento dos casos a ele apresentados, averiguando sua pertinência com o princípio da dignidade da pessoa humana.³³ Oito estudos, com destaque para o de Andrade *et al* (2008); demonstram a atuação e a organização de um serviço de farmácia de um centro de alta complexidade no tratamento ao câncer visando minimizar os impactos negativos administrativos e orçamentários dos mandados judiciais na gestão da assistência farmacêutica.³⁴

Livramento *et al* (2011), ao invés de analisar a demanda de medicamentos para uma patologia específica, optaram por demandas relativas a um medicamento específico, como é o caso do medicamento Etanercepte, seus pedidos são análogos aos realizados para insulina e, observa-se que mais de 70% das ações ajuizadas para certos medicamentos são de responsabilidade de um advogado, desta forma, pode sugerir uma relação estreita entre o

²⁹ ROMERO, L.C.P. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em ações de medicamentos. **Revista de Direito Sanitário**, 2010, p. 11-59.

³⁰ SALAZAR, A.L.; GROU, K.B.; SCHEFFER, M. **A judicialização dos anti-retrovirais no Brasil**, 2008, p. 82-92.

³¹ PEPE, V.L.E. *et al.* **A produção científica e grupos de pesquisa sobre vigilância sanitária no CNPq**, 2010, p. 15(Supl. 3):3341-3350.

³² MACHADO, M.A.A. *et al.* **Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil**, 2011, p. 590-598.

³³ COSTA, F.V.; MOTTA, I.D.; ARAÚJO, D.A. **Judicialização da saúde: A dignidade da pessoa humana e a atuação do supremo tribunal federal no caso dos medicamentos de alto custo**, 2017, p.15-20.

³⁴ ANDRADE, E.I.G.; MACHADO, C.D.; FALEIROS, D.R. SZUSTER, D.A.C.; GUERRA JUNIOR, A.A.; SILVA, G.D.; CHERCHIGLIA, M.L.; ACURCIO, F.A. **A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça**, 2008, p.56-85.

advogado e o fabricante do medicamento ³⁵.

Há ainda autores que estudam o custo da judicialização de medicamentos ofertados pelo Sistema Único de Saúde – SUS na região de Ribeirão Preto-São Paulo, cuja análise demonstra que 16% dos medicamentos demandados deveriam ser ofertados pelo SUS, é o que retrata o estudo³⁶.

Ronsein (2008), Tanaka (2008), aborda a relação entre a prescrição médica e o exercício do direito à saúde é estudada em outra pesquisa^{37, 38}. Por sua vez, há uma concepção, além de outras análises que abordam a judicialização sob a perspectiva do uso racional de medicamentos e do uso de evidências científicas para a indicação terapêutica proposta.

A análise da atual política nacional de medicamentos existente no Brasil, relacionando-a com o processo de judicialização da saúde, no caso dejuizamento de ações individuais destinadas a aquisição de medicamentos ditos excepcionais, é tratada pela pesquisa³⁹.

Estudo com similaridade contextual é o apresentado pelo Ministério da Saúde – MS (2009), ao tratar do acesso aos medicamentos de alto custo nas Américas, através de uma cartilha auto-instrucional e ilustrativa, buscando retratar e analisar a atual política nacional de medicamentos existente no Brasil relacionando com o processo de judicialização de medicamentos de alto custo⁴⁰.

Nos estudos de Martins (2011), Menicucci *et al* (2010), Ministério da Saúde (Brasil) (a)(2010), Ministério da Saúde (Brasil) (b)(2010), Ellian (2010), Lopes (2010), Wanderley (2010), Marques *et al* (2010), Marques *et al* (2009), Oliveira *et al* (2011), Paula (a) (2011), Paula (b) (2010), Reis Junior (2008); têm como interesse principal analisar o impacto ou a interferência das demandas judiciais nas políticas públicas, especialmente na política de medicamentos e na gestão da assistência farmacêutica de medicamentos de

³⁵ LIVRAMENTO, F.A.; SALEH, S.M. **O fornecimento gratuito de medicamentos pelo estado:** Um estudo do direito fundamental à saúde, pela análise da ação civil pública que pleiteia análogos de insulina x ações individuais, 2011, p.7-15.

³⁶ LAFFIN, N.H.F.; BONACIN, C.A.C. **Custos da Saúde:** Judicialização de Medicamentos Ofertados pelo SUS, 2012, p.80-85.

³⁷ RONSEIN, J. G. **Análise do perfil das solicitações de medicamentos por demanda judicial no Estado de Santa Catarina no período de 2005 a 2008,** p. 210-215.

³⁸ TANAKA, O.Y. **A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica,** 2008, p.139-143.

³⁹ FREITAS, D.C. **Medicamentos de alto custo no Brasil:** Análise da política nacional de medicamentos e balizas para a adoção de critérios de decisões do poder judiciário, 2019, p.142-156.

⁴⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **Direitos Humanos e HIV/AIDS:** avanços e perspectivas para o enfrentamento da epidemia no Brasil, 2008, p.43-52.

alto custo no Brasil.^{41,42,43,44,45,46,47,54,48,49,50,51,52,53}

Em Dallari (2010), Cunha (2011), Provin (2011), Ferreira (2007), discutem também a questão sob a perspectiva da Secretaria de Saúde, apresentando dificuldades enfrentadas pelo órgão para efetivação do cumprimento das demandas judiciais, além de apresentarem os seus aspectos financeiros.^{54,55,56,57}

O trabalho desenvolvido por Biehl (2013), busca estudar o fenômeno por meio da deflagração das ações judiciais promovidas por portadores de HIV/AIDS a partir da década de 90 e analisadas mais especificamente nos últimos dez anos. As decisões judiciais obrigavam o executivo a fornecer os medicamentos, garantindo uma sobrevivência ao paciente e, em consequência, gerando impacto nas despesas orçamentárias.⁵⁸

⁴¹ MARTINS, M.C.R. **Possibilidades e limitações da judicialização como instrumento de aperfeiçoamento do exercício do direito à saúde**, 2011, p.42-46.

⁴² MENICUCCI, T.M.G.; MACHADO, J.A. **Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: Individual rights versus collective rights**, 2010, p.20-25.

⁴³ BRASIL. Ministério da Saúde(a). **O acesso a medicamentos de alto custo nas américas**, 2010, p.62-95.

⁴⁴ BRASIL. Ministério da Saúde(b). **Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos**, 2010, p.421-429.

⁴⁵ ELIAN, C.O. **Efeitos da coisa julgada nas ações coletivas e o caso da hepatite C**, 2010, p.429-461.

⁴⁶ LOPES, L.C. *et al.* **Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo**, 2010, p.620-628.

⁴⁷ WANDERLEY, A.W.L. *et al.* **Efetivação do direito fundamental à saúde: fornecimento de medicamentos excepcionais**, 2010, p.28-38.

⁴⁸ MARQUES, O.R.A.; MELO, M.B.; SANTOS, A.P.S. **Ações judiciais no âmbito do sistema único de saúde do Brasil, bases legais e implicações: Um estudo de caso em um tribunal da região sudeste**, 2010, p.41-66.

⁴⁹ MARQUES, O.R.A.; MELO, M.B.; SANTOS, A.P.S. **O princípio constitucional da integralidade de assistência à saúde e o projeto de lei n. 219/2007: interpretação e aplicabilidade pelo Poder Judiciário**, 2009, p.64-86.

⁵⁰ OLIVEIRA, V.E.; NORONHA, L.N.T. **Judiciary-executive relations in policy making: The case of drug distribution in the state of São Paulo**, 2011, p.35-46.

⁵¹ PAULA, A.H.R. **O direito constitucional sanitário e as ações judiciais para obtenção de medicamentos na área oncológica**, 2011, p.24 -35.

⁵² PAULA, P.S.; SATURNINO, L.T.M. **Descrição das demandas do medicamento Etanercepte no Estado de Minas Gerais no período de janeiro a abril de 2008, 2010**, p.339-352.

⁵³ REIS JUNIOR, P.B. **A judicialização do acesso a medicamentos na perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro**, 2008, p.42-56.

⁵⁴ DALLARI, S.G. - **Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica**, 2010, p.57-75.

⁵⁵ CUNHA, A.E. **A judicialização do direito à saúde no Estado de Santa Catarina**, 2011, p.168-185.

⁵⁶ PROVIN, M.P. **Demandas judiciais deferidas para medicamentos em Goiânia GO, Brasil, e seus aspectos financeiros**, 2011, p. 52-68.

⁵⁷ FERREIRA, M.G.M. **Perfil das demandas judiciais para acesso a Medicamentos no Município de Itaperuna: Uma contribuição sobre novas perspectivas de acesso racional e igualitário**, 2007, p.68-85.

⁵⁸ BIEHL, João; *et al.* **Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde, 2013**, p.168-185.

Discute-se ainda^{59,60} a compatibilização entre a lei e as normas técnicas da Assistência, enquanto⁶¹ estuda as implicações da definição restritiva do princípio da integralidade por uma lei emanada do parlamento.

Ainda possuem aqueles que também estudam e buscam conhecer as características das ações judiciais, por meio do estudo de revisões sistemáticas de natureza empírica, publicados nos últimos anos para compreender o fenômeno da judicialização no Brasil.^{62,63}

Refletir sobre o direito fundamental à saúde e sua aplicação via Sistema Único de Saúde, em pauta o julgamento do Recurso Extraordinário, com repercussão geral, de número 566.471/RN, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio de Melo adiantou seu voto⁶⁴. Onze estudos das referências, Vieira *et al* (2009), Biehl (2013), (2018), Ronsein (2010), Ferraz (2009), Roquete (2010), Torres (2011), Sant'ana *et al* (2011), Torres (2013), Silva (2011), Coelho *et al* (2014), Conti (2013), juntos analisam ainda a ocupação dos autores requerentes, os aposentados ou pensionistas são apontados como autores mais frequentes das ações judiciais, em proporções que vão desde 8,9% a 31,2% em 16 estudos, é o que aponta.^{65,66,67,68,69,70,71,72,73,74,75}

⁵⁹ SCHEFFER, M. **Judicialização e incorporação de tecnologias: o caso dos medicamentos para tratamento da AIDS no Sistema Único de Saúde**, 2009, p.129-138.

⁶⁰ ANJOS, R.S. **Determinantes e resultados da judicialização da demanda por medicamentos de alto-custo no RS: o caso da distribuição do medicamento Interferon em Porto Alegre e Região Metropolitana**, 2009.

⁶¹ MACEDO, E.I.; LOPES, L.C.; BARBERATO-FILHO, S. **Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial**, 2011, p.706-713.

⁶² MACHADO-DOS-SANTOS, S. C. **Melhoria da equidade no acesso aos medicamentos no Brasil: os desafios impostos pela dinâmica da competição "extrapreço"**, 2001.

⁶³ FERRAZ, O.L.M. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities? **Health and Human Rights**, 2009, p.33-45.

⁶⁴ SANTOS, L.F.F.; PINHEIRO, B.O. **Acesso universal e gratuito à saúde e o julgamento do RE 566.471/RE**, 2018, p.7-22.

⁶⁵ VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. **Demandas judiciais e assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde**, 2009, p.672-683.

⁶⁶ Idem

⁶⁷ RONSEIN, J. G. **Análise do perfil das solicitações de medicamentos por demanda judicial no Estado de Santa Catarina no período de 2005 a 2008**, 2010, p.215.

⁶⁸ Idem

⁶⁹ ROQUETE, F.L.V. **Entre dilemas judiciais e escolhas de políticas: o caso da política pública de assistência farmacêutica**, 2010, p.67-85.

⁷⁰ Idem

⁷¹ SANT'ANA, João Mauricio Brambati *et al*. **Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos**, 2011, p.714-721.

⁷² TORRES, I.D.C. **Judicialização do Acesso a Medicamentos no Brasil: Uma revisão sistemática**, 2013, p. 45-62.

⁷³ SILVA, R.T.B. **Conflitos bioéticos decorrentes do acesso a medicamentos órfãos no Brasil: o exemplo da laronidase para o tratamento da mucopolissacaridose tipo I**, 2011, p.56-66.

⁷⁴ COELHO, T. L. *et al*. **Variáveis jurídicas e de saúde no deferimento de liminares por medicamentos em Minas Gerais**, 2014, p.808-816.

⁷⁵ CONTI, M. A. **Avaliação das demandas judiciais por acesso a medicamentos no Distrito Federal**,

Buscar uma melhor compreensão sobre o que é a saúde como preconizada pela Constituição, ponderando sobre o papel do judiciário na persecução desse direito em meio a um cenário de excessiva judicialização, é temática de outro estudo⁷⁶.

Os 82 estudos revisados apresentam achados que ajudam a compreender o fenômeno da judicialização de medicamentos de alto custo no Brasil: as liminares são concedidas na quase totalidade dos casos; parcela considerável das ações poderia ter sido evitada caso fossem observadas as alternativas terapêuticas do SUS. Os estudos revisados permitem afirmar que os valores gastos com a compra de medicamentos demandados judicialmente comprometam o orçamento do SUS. Enfim, as pesquisas realizadas permitem que se compreenda melhor o fenômeno da judicialização, embora seja recomendável a realização de outros estudos que descrevam características ainda pouco definidas da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil.

CONCLUSÃO

Embora o direito à saúde esteja contemplado na Constituição de 1988, especialmente no artigo 196, carências de natureza gerencial, administrativa e orçamentária entre outras, restringem a capacidade operativa dos órgãos e entidades responsáveis pela sua efetivação desencadeando um fenômeno denominado judicialização do direito à saúde. Este fenômeno é observado quando os indivíduos adotam a iniciativa de recorrer ao Poder Judiciário para garantirem o direito de acesso aos meios e recursos necessários a melhoria de suas condições clínicas. Como o atendimento a saúde deve ser integral, contemplando todas as necessidades do indivíduo, o fenômeno também é observado quando o paciente recorre à justiça para garantir o direito de acesso a medicamentos que deveriam ser fornecidos gratuitamente pelo poder público.

O fenômeno da judicialização na saúde pode indicar falhas do sistema público de saúde, uma vez que há solicitações de medicamentos constantes de suas listas. Todavia, constitui um obstáculo para a prática do uso racional de medicamentos e para a consolidação das premissas da Política Nacional de Medicamentos, principalmente quando são solicitados medicamentos sem comprovação de eficácia e não padronizados pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Outrossim, o desgaste causado pelas negativas, pela desinformação, pela burocracia e pelo tratamento, por vezes, desumanizado acaba por aumentar o sofrimento durante a busca. A judicialização mostrou-se como um dos últimos recursos utilizados pelo cidadão na peregrinação em busca do tratamento medicamentoso em qualquer pesquisa. Percebe-se que são necessárias ações públicas no sentido de promover a ampliação do acesso aos medicamentos para a população, através de uma melhor estruturação dos serviços e dispo-

2013, p.101-108.

⁷⁶ COSTA, C.C. **A questão dos medicamentos de alto custo fornecido pelo sus: uma decisão difícil**, 2015, p.15-28.

nibilização de recursos para tal, para que os cidadãos possam efetivamente ter um sistema de saúde pautado nos princípios da universalidade e da integralidade.

As pesquisas realizadas permitem que se compreenda melhor o fenômeno da judicialização, embora seja recomendável a realização de outros estudos que descrevam características ainda pouco definidas da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil.

O Brasil reconhece o acesso a medicamentos como parte do direito à saúde e adota políticas públicas para propiciar sua garantia. No entanto, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica não tem conseguido atender a essa demanda. Em parte, por isso, tem crescido o recurso ao Poder Judiciário para a obtenção desses medicamentos no país.

Os 69 estudos revisados apresentam achados que ajudam a compreender o fenômeno, contextualizar o tema, e ainda auxiliar o leitor a interpretar que uma parcela considerável das ações poderia ter sido evitada caso fossem observadas as alternativas terapêuticas do SUS. Os estudos revisados não permitem afirmar nem negar que os valores gastos com a compra de medicamentos demandados judicialmente comprometam o orçamento do SUS. Enfim, as pesquisas realizadas permitem que se compreenda melhor o fenômeno da judicialização, embora seja recomendável realizar estudos mais profundos sobre a temática, para que possam descrever características ainda pouco definidas da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil.

Nesse prisma, os estudos permitiram vislumbrar ainda que tem ocorrido um aumento exponencial no número de novos processos no decorrer do tempo, além dos gastos para o atendimento destes em todas as esferas da gestão, causando assim desordens no ciclo da assistência farmacêutica, além de prejudicar o financiamento de políticas públicas no Brasil, que se apresenta cada vez mais escasso seu orçamento público.

Tema supereminente, e requer dedicação da comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, E. I. G.; MACHADO, C. D.; FALEIROS, D. R.; SZUSTER, D. A. C.; GUERRA JUNIOR, A. A.; SILVA, G. D.; CHERCHIGLIA, M. L.; ACURCIO, F. A. **A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil : gestão da clínica e medicalização da justiça.** *Rev Med Minas Gerais*, v. 18, n.4, p. S46-S50, 2008.

ANJOS, R.S. **Determinantes e resultados da judicialização da demanda por medicamentos de alto-custo no RS:** o caso da distribuição do medicamento Interferon em Porto Alegre e Região Metropolitana. 2009. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

ARAÚJO, L.A.D.;NUNES JÚNIOR,V.S. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo:Saraiva, 2005.

BIEHL, João; *et al.* **Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v23n1/0104-5970-hcsm-23-1-0173.pdf>. Acesso em: 15 Mar 2019.

BOING, A.C.; BLOEMER, N.S.; ROESLER, C. O. Dilema do poder judiciário: Acesso e direito aos medicamentos (the dilemma of the judiciary: Law and access to medicines). **Saúde & Transformação Social/Health & Social Change**. 2010;2(1):51-57.

BONFIM, R. L. D. **Agenda Única de Saúde**: a busca do acesso universal e a garantia do direito à saúde. 2008. 164 p. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

BORGES, D.C.L.; UGÁ, M.A.D. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. **Cad Saude Publica**;26(1): 59-69, jan. 2010.

BRANDÃO, L.S. **A judicialização da saúde quanto ao fornecimento de medicamentos**, 2015. Disponível: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15321. Acesso em: 26 Mai 2019.

BRANDAU, R.; MONTEIRO, R.; BRAILE, D.M. Importância do uso correto dos descritores nos artigos científicos. **Rev Bras Cir Cardiovasc** 2005; 20(1): VII-IX.

BRASIL. **Assistência farmacêutica no SUS**. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011. 186p.

_____.Constituição Federal. Planalto. **Portal online**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 jan 19.

_____.Ministério da Saúde. **O acesso a medicamentos de alto custo nas amé-ricas**.2010. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/acesso_medicamentos_alto_custo_americas.pdf. Acesso em: 9 de Fev 2019.

_____. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Rev. Saúde Pública**. São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-429, 2010.

CATANHEIDE; I.D.LISBOA, E.S.SOUZA,L.E.P.F. **Característica da Judicialização do acesso a medicamentos no Brasil**: Uma revisão sistemática. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312016000401335. Acesso em: 24 Abr 2019.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública** . Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, 2009.

_____. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Rev. Saúde Pública**. São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-429, 2010.

COELHO, T. L. *et al.* Variáveis jurídicas e de saúde no deferimento de liminares por medicamentos em Minas Gerais. **Rev. Saúde Pública.** São Paulo, v. 48, n. 5, p. 808-816, 2014.

CONTI, M. A. **Avaliação das demandas judiciais por acesso a medicamentos no Distrito Federal.** 2013. 101 p. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) - Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília.

COOPER, H. M.; HEDGES, L. V. **The Handbook of research synthesis and meta-analysis.** New York: The Russel Sage Foundation, 2009.

COSTA, C.C. **A questão dos medicamentos de alto custo fornecidos pelo SUS: Uma decisão difícil.** Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4191/1/TCC.%20Clarice%20Castello%20Costa.%20Id%2011007065..pdf>. Acesso em 26 Mai 2019.

COSTA, F.V.; MOTTA, I.D.; ARAÚJO, D.A. **Judicialização da saúde: A dignidade da pessoa humana e a atuação do supremo tribunal federal no caso dos medicamentos de alto custo,** 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809>. Acesso em: 26 Mai 2019.

CUNHA, A.E. **A judicialização do direito a saúde no Estado de Santa Catarina.** 2011. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2011.

DALLARI, S.G. - Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. **Physis** (Rio J.);20(1): 57-75, 2010.

ELIAN, C.O. **Efeitos da coisa julgada nas ações coletivas e o caso da hepatite C.** In: Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível / Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (organizadores). - Belo Horizonte : ESP-MG, 2010. p.429-461.

FARIAS, L. C. **Mínimo existencial: um parâmetro para o controle judicial para as políticas em saúde.** 2010. 149 p. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica do Salvador, Salvador.

FERRAZ, O.L.M. *The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?* **Health and Human Rights**, v. 11, p. 33-45, 2009.

FERREIRA, M.G.M. **Perfil das demandas judiciais para acesso a Medicamentos no Município de Itaperuna:** Uma contribuição sobre novas perspectivas de acesso racional e igualitário. 2007. Dissertação (Mestrado). Universidade Estácio de Sá. Riode Janeiro, 2007.

FIGUEIREDO, T.A.; PEPE, V.L.E.; OSORIO-DE-CASTRO, C.G.S. Um enfoque sanitário sobre a demanda judicial de medicamentos. **Physis** (Rio J.);20(1): 101-118, 2010.

FREITAS, D. C. **Medicamentos de alto custo no Brasil:** Análise da política nacional de medicamentos e balizas para a adoção de critérios de decisões do poder judiciário. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=2ahUKEwic>. Acesso em: 5 Mar 2019.

JUNIOR, P.B.R. **A Judicialização do Acesso a Medicamentos** – A Perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9058/1423905.pdf>. Acesso em: 23 Mai 2019.

LAFFIN, N. H.F.; BONACIN, C. A. C. **Custos da Saúde: Judicialização de Medicamentos Ofertados pelo SUS**. Disponível em: <https://cbc.emnuvens.com.br/articledownload/viewFile/4312/4312>. Acesso em: 20 Mar 2019.

LIVRAMENTO, F.A.; SALEH, S.M. O fornecimento gratuito de medicamentos pelo estado: Um estudo do direito fundamental à saúde, pela análise da ação civil pública que pleiteia análogos de insulina x ações individuais. **Amicus Curiae**. 2011;7(7).

LOPES, L.C. *et al.* Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. **Rev Saude Publica**, 44(4): 620-628, ago. 2010.

MACEDO, E.I.; LOPES, L.C.; BARBERATO-FILHO, S. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. **Rev Saude Publica**, 45(4): 706-713, ago. 2011.

MACHADO, F. R. S. **A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias**. 2010. 187 p. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS, Daniel Resende; JUNIOR, Augusto Afonso Guerra; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. **Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil**. 2013. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/rsp/2011.v45n3/590-598/pt/>. Acesso em: 10 Mai 201.

MACHADO-DOS-SANTOS, S. C. **Melhoria da equidade no acesso aos medicamentos no Brasil: os desafios impostos pela dinâmica da competição “extrapreço”**, 2011. 180 p. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro.

MACHADO, M. A. A. *et al.* Judicialização do acesso a medicamentos no estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**. São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011.

MARQUES, O.R.A.; MELO, M.B.; SANTOS, A.P.S. **Ações judiciais no âmbito do sistema único de saúde do Brasil, bases legais e implicações: Um estudo de caso em um tribunal da região sudeste**. São Paulo, v.12, n.1, jun. 2011;12(1):41-66.

MARQUES, S.B. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica**. 2010. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. O princípio constitucional da integralidade de assistência à saúde e o projeto de lei n. 219/2007: interpretação e aplicabilidade pelo Poder Judiciário. **Rev. direito sanit**, 10(2): 64-86, jul.-out. 2009.

MARTINS, M.C.R. **Possibilidades e limitações da judicialização como instrumento aperfeiçoamento do exercício do direito à saúde.** 2011. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011.

MENICUCCI, T. M. G.; MACHADO, J. A. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: Individual rights versus collective rights. *Brazilian Political Science Review*. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 33-68, 2010.

OHLAND, L. A responsabilidade solidária dos entes da federação no fornecimento de medicamentos. *Direito & Justiça*. 2011;36(1).

OLIVEIRA, M. A.; BERMUDEZ, J. A. Z.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S. *Assistência Farmacêutica e acesso a medicamentos*. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2007. 110p.

OLIVEIRA, V.E.; NORONHA, L.N.T. Judiciary-executive relations in policy making: The case of drug distribution in the state of São Paulo. *Brazilian Political Science Review*. 2011;5(2).

PAULA, A.H.R. **O direito constitucional sanitário e as ações judiciais para obtenção de medicamentos na área oncológica.** 2011. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

PAULA, P.S.; SATURNINO, L.T.M. Descrição das demandas do medicamento Etanercepte no Estado de Minas Gerais no período de janeiro a abril de 2008. In: **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível** / Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (organizadores). - Belo Horizonte : ESP-MG, 2010. p.339-352.

PEPE, V.L.E. *et al.* A produção científica e grupos de pesquisa sobre vigilância sanitária no CNPq. *Ciência & Saúde Coletiva*, 15(Supl. 3):3341-3350, 2010c.

PESSOA, N. T. *Perfil das solicitações administrativas e judiciais de medicamentos impetradas contra a secretaria de saúde do estado do Ceará* 2007. 168 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Farmacêuticas) - Departamento de Farmácia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

POMPEI, L.M. Descritores ou palavras-chave nas bases de dados de artigos científicos. *Femina*; Maio 2010, vol 38, nº 5.

PROVIN, M.P. **Demandas judiciais deferidas para medicamentos em Goiânia GO, Brasil, e seus aspectos financeiros.** 2011. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2011

REIS JUNIOR, P.B. **A judicialização do acesso a medicamentos na perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro.** 2008. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

ROQUETE, F.L.V. **Entre dilemas judiciais e escolhas de políticas: o caso da política pública de assistência farmacêutica.** 2010. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

ROMERO, L.C.P. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em ações de medicamentos. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, p. 11-59, 2010.

RONSEIN, J. G. **Análise do perfil das solicitações de medicamentos por demanda judicial no Estado de Santa Catarina no período de 2005 a 2008**, 2010. 215 p. Dissertação (Mestrado em Farmácia) - Centro de Ciências da Saúde, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SALAZAR, A.L.; GROU, K.B.; SCHEFFER, M. A judicialização dos anti-retrovirais no Brasil. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **Direitos Humanos e HIV/AIDS: avanços e perspectivas para o enfrentamento da epidemia no Brasil**. Brasília : Ministério da Saúde, 2008. p.43-52.

SANT'ANA, J.M.B. *et al.* Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. **Rev Panam Salud Publica**. 29(2), 2011b.

_____. Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. **Rev. Saúde Pública**. São Paulo, v. 45, n.4, p. 714-721, 2011.

SCHEFFER, M. Judicialização e incorporação de tecnologias: o caso dos medicamentos para tratamento da AIDS no Sistema Único de Saúde. In: **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. Keinert, T.M.M; Paula, S.H.B.; Bonfim, J.R.Al. (org.). São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p.129-138.

SILVA, R.T.B. Conflitos bioéticos decorrentes do acesso a medicamentos órfãos no Brasil: o exemplo da laronidase para o tratamento da mucopolissacaridose tipo I. 2011. Tese (Doutorado). Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011.

SANTOS, L.F.F.;PINHEIRO,B.O. **Acesso universal e gratuito à saúde e o julgamento do RE 566.471/RE**, 2018, p.7-22. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/58/46>. Acesso em: 25 Mai 2019.

TANAKA, O.Y. A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica. **Rev. Direito sanit**, 9(1): 139-143, 2008.

TORRES, I.D.C. **Judicialização do Acesso a Medicamentos no Brasil: Uma revisão sistemática**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13137/1/Diss%20MP.%20Izamara%20Torres%202013.pdf>. Acesso 20 Mai 2019.

VIANNA, L.W. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 17-42, 2002.

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Demandas judiciais e assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde. **Rev. Assoc. Med. Bras**. São Paulo, v. 55, n. 6, p. 672-683, 2009.

_____. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Rev. Saúde Pública**. São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2012.

WANDERLEY, A.W.L. **Efetivação do direito fundamental à saúde:** fornecimento de medicamentos excepcionais. 2010. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília, Marília, 2010.

WANNMACHER, L. **Importância dos Medicamentos Essenciais em Prescrição e Gestão Racionais.** *In:* BRASIL. Uso Racional de Medicamentos: temas selecionados. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 15-20.

O “AUXÍLIO ALUGUEL” MANAUARA (LEI MUNICIPAL Nº 1.666/2012) E A SUA RELAÇÃO COM AS DESOCUPAÇÕES COLETIVAS

*THE MANAUARA'S “RENTAL AID” (MUNICIPAL LAW N. 1.666/2012) AND IT'S RELATION
WITH THE COLLECTIVE UNOCUPIED*

João Paulo Marques dos Santos

*Doutorando em Direito pela Faculdade
Autônoma de Direito de São Paulo
Secretário Executivo da Secretaria de
Estado de Saúde do Amazonas*

joaopaulo.advam@gmail.com

RESUMO

A Lei Municipal n. 1.666/2012 instituiu o auxílio aluguel destinado àquelas famílias atingidas pelos seguintes eventos naturais - (i) enchentes (ii) desmoronamentos e (iii) outras situações de risco – ou para realização de obras públicas. Recentemente, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas arguiu a sua inconstitucionalidade, tendo em vista que o seu âmbito de proteção estava muito aquém do seu objetivo, pois não protegia as famílias que tinham sido objeto de desocupação coletiva, razão pela qual entendeu que essa lei violava o princípio da proporcionalidade. A interpretação do Tribunal de Justiça do Amazonas, contudo, foi no sentido contrário, ou seja, a Lei Municipal n. 1.666/2012 possui um rol taxativo de proteção, logo, as famílias que sofreram a reintegração de posse não podem alegar violação da proporcionalidade com o fim de se beneficiar do Auxílio Aluguel. A metodologia utilizada no trabalho foi a de estudo de caso, cujo objeto foi o Agravo Interno n.º 0000463-27.2018.8.04.0000 julgado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Amazonas, o qual foi devidamente confrontado com os princípios da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, da proporcionalidade, da legalidade, do Estado de Direito etc., todos eles elencados pela Defensoria Pública e pela Procuradoria Geral do Estado, no bojo do processo. Após confrontar os princípios elencados por ambas as partes e as razões de decidir do Acórdão, chegou-se à conclusão de que o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas acertou na sua decisão de não declarar inconstitucional a Lei Municipal n. 1.666/2012.

Palavras-chave: Auxílio Aluguel. Lei Municipal 1.666/2012. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Tribunal de Justiça do Amazonas.

ABSTRACT

The Municipal Law No. 1,666/2012 instituted rental aid for those families affected by the following natural events - (i) floods (ii) landslides and (iii) other risk situations – or for carrying out public works. Recently, the Public Defender’s Office of the State of Amazonas claimed its unconstitutionality, considering that its scope of protection was far below its objective, because it did not protect families that had been the subject of collective eviction, which is why it understood that this law violated the principle of proportionality. The interpretation of the Amazon Court, however, was in the opposite direction, that is, Municipal Law No. 1,666/2012 has a taxable list of protection, so families who suffered the repossession cannot claim violation of proportionality in order to benefit from rental aid. The methodology used at work was the case study, whose object was Internal Injury No. 0000463-27.2018.8.04.0000 tried by the First Civil Chamber of the Court of Justice of Amazonas, which was duly confronted with the principles of the dignity of the human person, the existential minimum, proportionality, legality, the Rule of Law, etc., all of them listed by the Public Defender’s Office and the Attorney General’s Office, in the process. After confronting the principles listed by both parties and the reasons for deciding the Judgment, it was concluded that the Court of Justice of the State of Amazonas agreed in its decision not to declare unconstitutional municipal law no. 1,666/2012.

Keywords: Rental Assistance. Municipal Law 1.666/2012. Principle of the Dignity of the Human Person. Court of Justice of the Amazon.

Data de submissão: 16/06/2019

Data de aceitação: 17/03/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O AUXÍLIO ALUGUEL INSTITUÍDO PELA LEI MUNICIPAL N. 1.666, DE 25 DE ABRIL DE 2012 2. TELEOLOGIA DA LEI MUNICIPAL N. 1.666/2012 3. DESOCUPAÇÃO DE IMÓVEL OCUPADO IRREGULARMENTE 4. LEADING CASE: AGRAVO INTERNO N.º 0000463-27.2018.8.04.0000, ORIUNDO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS 5. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N. 1.666/2012 5.1 Argumentos favoráveis à inconstitucionalidade 5.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial 5.1.2 Princípio da proporcionalidade e a vedação da proteção insuficiente 5.2 Argumentos contrários à inconstitucionalidade 5.2.1 Estado de direito e o princípio da legalidade 5.2.2 Princípio da separação dos poderes. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O Município de Manaus - Amazonas, no ano de 2012, promulgou a Lei Municipal n. 1.666/2012, que instituiu o auxílio aluguel destinado àquelas famílias atingidas pelos seguintes eventos naturais: (i) enchentes (ii) desmoronamentos e (iii) outras situações de risco ou (iv) para realização de obras públicas. O objetivo desta lei é auxiliar as famílias em situação de vulnerabilidade, disponibilizando uma quantia, em dinheiro, para custear um local alternativo destinado à residência, enquanto perdurar a situação de risco ou o evento da natureza.

Desde a sua promulgação, o auxílio aluguel foi concedido com frequência à população mais carente do Município de Manaus¹, haja vista os constantes casos de alagamento e desmoronamento na região, ocasionadas, na sua maioria, por fatores meteorológicos.

Apesar deste importante instrumento que está à disposição da população manauara, nem todas as hipóteses de exposição à vulnerabilidade temporária estão cobertas pelo auxílio aluguel, a exemplo das famílias que sofreram reintegração de posse e que não possuem locais alternativos para se acomodarem. A bem da verdade, elas ficam à mercê da sorte, largados à rua, onde estabelecem sua morada, em situações precárias e desumanas², esquecidos pelo poder público e não amparadas por esta lei.

Dados os constantes indeferimentos dos pedidos de concessão do benefício “Auxílio Aluguel” às famílias que sofreram com as reintegrações de posse coletivas, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas passou a questionar a constitucionalidade da Lei Municipal n. 1.666/2012, em razão da violação do princípio da proporcionalidade, uma vez que a razão teleológica desta lei é garantir o mínimo existencial àquelas famílias que estejam em situação de vulnerabilidade temporária, ponto este não analisado pela municipalidade.

Por outro lado, a Municipalidade tem arguido que o seu indeferimento é totalmente legal, pois a hipótese aventada pela Defensoria não encontra respaldo na Lei Municipal n. 1.666/2012, que trouxe um rol taxativo que permite a concessão do Auxílio Aluguel.

Diante dessa controvérsia, a questão chegou ao Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por meio do Agravo Interno n.º 0000463-27.2018.8.04.0000, onde foi instado a se posicionar quanto à constitucionalidade ou não dessa Lei, chegando à conclusão de que a Lei Municipal n. 1.666/2012, não possui vício de constitucionalidade.

¹ Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/06/29/familias-atingidas-pela-cheia-em-manaua-recebem-novas-guias-do-auxilio-aluguel.ghtml>. <http://www.manaua.am.gov.br/noticia/nos-bairros-equipas-da-prefeitura-prestam-auxilio-as-familias-prejudicadas-pela-chuva/>. Acesso em: 2 fev. 2020.

² A título de exemplo vide o caso da Comunidade Cidade das Luzes, ocupada por cerca de 1.000 (mil) famílias, porém reintegradas pelo Município de Manaus e por um Particular, todavia, não houve assistência às famílias que não tinham locais para se alocar. Muitas delas ficaram às margens da entrada da Comunidade, conforme foi amplamente divulgado na Região. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2015/12/nao-tenho-para-onde-ir-diz-morador-da-cidade-das-luzes-em-manaua.html>. <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2015/12/defensoria-relata-falha-em-acao-para-remocao-de-familias-de-invasao-no-am.html>. Acesso em: 22 jul. 2018.

A metodologia adotada no presente trabalho foi a monográfica ou estudo de caso, cujo objeto é o Agravo Interno n. 0000463-27.2018.8.04.0000, julgado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Amazonas, onde delineou as razões pelas quais o Auxílio Aluguel é constitucional, porém o seu regramento não alcança as famílias que foram reintegradas.

Para alcançar os objetivos traçados, o trabalho foi dividido em cinco capítulos, a saber:

O primeiro capítulo busca mostrar um panorama geral da Lei Municipal n. 1.666/2012, expondo os critérios, os objetivos, período de vigências, os fatos geradores do auxílio aluguel, inclusive quais os órgãos são competentes para o processamento e concessão.

No segundo capítulo, o texto faz uma análise teológica da Lei Municipal n. 1.666/2012, buscando encontrar as razões pelas quais esse auxílio foi instituído.

O terceiro capítulo vai discutir as desocupações coletivas, sobretudo o evento pouco tratado, o momento posterior à desocupação, aqui traz à tona uma questão social sobre o seguinte questionamento: O que acontece com as famílias que foram retiradas das ocupações retiradas?

Já no quarto capítulo a análise recai sobre o julgamento propriamente dito do Agravo Interno n. 0000463-27.2018.8.04.0000, do Tribunal de Justiça do Amazonas, expondo as razões de decidir do colegiado e contestando-o de acordo com os princípios delineados no texto.

No quinto capítulo a discussão paira sobre a constitucionalidade da Lei Municipal n. 1.666/2012, trazendo os argumentos levantadas pela Defensoria Pública e pela Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, os quais foram contestados criticamente pela doutrina, a fim de constatar se o resultado alcançado pelo Tribunal de Justiça foi correto ou não.

1. O AUXÍLIO ALUGUEL INSTITUÍDO PELA LEI MUNICIPAL N. 1.666, DE 25 DE ABRIL DE 2012

A Lei Municipal nº 1.666/2012 regulamentou o “Auxílio Aluguel” no âmbito do Município de Manaus, no Estado do Amazonas, cuja finalidade é beneficiar, em caráter eventual e transitório, as famílias vítimas de enchentes, desmoronamentos, remoção de situação de risco ou por força de obras públicas, que foram desabrigadas, desalojadas ou encontram-se em situação de vulnerabilidade temporária, conforme previsão em seu art. 1º.

A Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos – SEMASDH é o órgão responsável pela gestão - administrativa, financeira e orçamentária (Art. 11) – do auxílio aluguel, bem como pela sua concessão (Art. 2º). Toda concessão é antecedida por um cadastramento das famílias.

Esse cadastramento leva em consideração os laudos emitidos pelas Secretarias Municipal e Estadual de Defesa Civil (Art. 3º). Importante ressaltar que tais laudos deverão demonstrar que:

Art. 5º Constituem requisitos cumulativos para a concessão do “Auxílio Aluguel” que:

I - o imóvel de residência da família tenha sido total ou parcialmente destruído, apresente problemas estruturais graves, ou esteja situado em área sob risco iminente de alagamento, desabamento ou desmoronamento, ensejando a sua interdição, desocupação ou demolição, comprovado por laudo da Defesa Civil Municipal de Manaus ou do Estado do Amazonas;

II - a família beneficiária resida no Município e se encontre em situação de vulnerabilidade temporária, conforme laudo social da Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos- SEMASDH.

Aprovado o cadastro e autorizada a concessão do auxílio, o representante da família beneficiária firmará termo de compromisso com a Secretaria, onde serão estabelecidos os seus deveres e direitos (Art. 7º). Após a assinatura, será pago ao representante da família beneficiária o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) mensais, cujo valor deverá ser destinado a auxiliar no pagamento do aluguel de uma moradia (Art. 4º). Impende salientar que o local e o tipo de moradia são escolhas de inteira responsabilidade do beneficiário, não podendo o Poder Público imiscuir-se nessa decisão (Art. 8º). Ademais, não há responsabilidade do Poder Público por eventuais inadimplências entre o beneficiário e o locador, pois são relações jurídicas estranhas à relação de direito administrativo firmada entre o Município e o beneficiário (Art. 9º).

O prazo de duração do benefício é de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado por mais 6 (seis) meses, desde que comprovada a necessidade de continuação do benefício, conforme laudo social expedido pela própria Secretaria responsável pelo seu pagamento ou pela Defesa Civil (Art. 4º, §2º).

A cessação do auxílio aluguel ocorrerá quando (i) sanado ou descumprido quaisquer dos requisitos ou condições da Lei do Auxílio Aluguel (Art. 10, I); (ii) descumprir o Termo de Compromisso firmado com a Secretaria (Art. 10, II); (iii) proporcionada a solução habitacional definitiva (Art. 10, III); e (iv) adquiridas condições econômicas que afastem a situação de vulnerabilidade (Art. 10, IV).

2. TELEOLOGIA DA LEI MUNICIPAL N. 1.666/2012

A Lei Municipal n. 1.666/2012 é uma lei de natureza assistencial, cujos fundamentos de validade são: (i) Art. 203 da Constituição Federal e (ii) Art. 194 da Constituição do Estado do Amazonas. Por ser uma lei de natureza assistencial, não há obrigação de prévia contribuição ou qualquer outra contrapartida para fazer jus ao auxílio (art. 203, da CF)³,

³ CF/88 - Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...).

sendo necessário, apenas, o cumprimento dos requisitos que a própria Lei assim dispuser.

Importante salientar que essa Lei garante eficácia normativa ao direito à assistência social, isto é, ainda que a sua norma seja de eficácia programática⁴, fruto dos direitos fundamentais sociais, direitos de segunda geração que exige do Estado uma atuação proativa na sua prestação, a sua promulgação torna o direito ao auxílio aluguel, uma norma de eficácia plena, sujeito, apenas, aos requisitos que ela exigir para a sua concessão.

Portanto, por ser tratada como um direito que necessita de uma normatização no âmbito infraconstitucional para garantir sua eficácia e a sua própria organização no âmbito dos entes federados, o Município de Manaus atendeu aos anseios no âmbito local, instituindo a lei objeto da análise.

Considerando o caráter assistencial desta norma, convém mencionar que seu espírito provém da preservação dos valores de acesso ao mínimo existencial e da proteção da dignidade do cidadão em situação de vulnerabilidade, ou seja, interpretar a Lei Municipal n. 1.666/2012, de forma a restringir a um casuísmo cuja proteção seja ínfima ou inexpressiva, pode não alcançar o verdadeiro sentido da lei. Por outro lado, interpretá-la com o fim de alargar as suas hipóteses, também pode levá-la à extinção em razão da impossibilidade de manutenção do seu custeio.

É de se verificar que a Constituição do Estado do Amazonas, nos seus arts. 194 e 196, preocupou-se com a assistência social, assegurando àquele que necessitar, independentemente de contribuição, a assistência necessária à sua necessidade temporária ou não, *in totum*:

Art. 194. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social de acordo com os objetivos previstos na Constituição da República.

Art. 196. Ao Estado compete:

(...)

III - viabilizar o acesso à moradia à população de baixa renda, bem como assistência sanitária, escolar e social;

IV - desenvolver programas de proteção, amparo e assistência à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e às pessoas portadoras de deficiência física, sensorial e mental.

A Lei Orgânica do Município de Manaus, por sua vez, apenas copiou as proteções já garantidas na Constituição Federal e na Constituição do Estado sem que tenha, contudo, acrescido algo relevante para tecer comentários.

Postas estas premissas, passa-se à análise da razão teleológica da Lei Municipal n.

⁴ José Afonso da Silva assevera que as normas de eficácia programática são “(...) aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.” (SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 2012, p. 135.)

1.666/2012, de onde traz à tona seu artigo 1º, onde dispõe sobre a instituição do auxílio-aluguel, cuja concessão deverá observar as seguintes situações fáticas: (i) a família vítima de enchentes, desmoronamentos, remoção de situação de risco; ou (ii) em razão de obras públicas. Em ambos os casos é necessário que a família esteja desabrigada, desalojada ou em situação de vulnerabilidade temporária.

Da leitura desse dispositivo, é possível constatar que a finalidade dessa norma é prestar a assistência àquele que se encontra em situação de vulnerabilidade temporária, em razão da destruição parcial ou total do seu imóvel, independentemente das razões que levaram a ocorrer este fato. O próprio artigo assevera que o auxílio aluguel será prestado em caráter **eventual e transitório**. Eventual porque está condicionada a um evento que tenha colocado em perigo a manutenção da moradia no imóvel onde habitava. Transitório porque o benefício não será concedido por prazo indeterminado, mas por período em que a situação de vulnerabilidade estiver presente ou alcançar o período máximo de um ano e meio, considerando a prorrogação que está sujeita ao deferimento do Órgão Gestor.

Vale advertir que, embora o art. 1º da Lei Municipal tenha transparecido que seu rol seria exemplificativo, essa interpretação, todavia, seria equivocada, pois, desde o momento da propositura da lei, por meio do projeto de lei municipal n. 25 de 2012⁵, o Prefeito à época, pela mensagem n. 03/2012, asseverou as hipóteses que ensejaria no pagamento do benefício, conforme se depreende do texto:

Tenho a honra de submeter à elevada apreciação dessa Casa Legislativa Municipal o incluso Projeto de Lei que INSTITUI o Auxílio Aluguel, benefício de caráter eventual a ser concedido a famílias vítimas de enchentes, desmoronamentos ou remoção de situação de risco ou por força de obras públicas.

Portanto, a vulnerabilidade temporária que estar tratando a Lei Municipal não é qualquer uma, senão aquela oriunda, alternativamente, das seguintes situações: (i) enchentes; (ii) desmoronamentos; (iii) remoção de risco; ou (iv) por força de obras públicas. Assim, pode-se concluir que as razões teleológicas da Lei Municipal n. 1.666/2012 encontram-se presentes a partir da conjugação que qualquer uma das situações fáticas já mencionadas aliada à vulnerabilidade temporária. Presente essa conjugação, o auxílio aluguel será concedido.

3. DESOCUPAÇÃO DE IMÓVEL OCUPADO IRREGULARMENTE

O Brasil até o ano de 2010 possuía um déficit de 11,4 milhões de residências⁶. Considerando que cada residência possui uma família e que, por sua vez, é composta por quatro

⁵ Disponível em: http://www.cmm.am.gov.br/wp-content/uploads/2013/07/25_2012.pdf. Acesso em: 5 nov. 2018.

⁶ Último Censo Demográfico realizado pelo IBGE foi em 2010. A sua atualização ocorrerá neste ano de 2020. (CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Características da população e dos domicílios: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011).

membros, é possível concluir que existem 44,16mi de pessoas que não tiveram acesso ao direito fundamental à moradia. As razões para isso são várias, mas duas podem ser elucubradas: (i) não há política de moradia efetiva no Brasil e (ii) a política de moradia existente além de defasada não é compatível com a demanda existente.

Sendo uma ou outra, é fato que esse déficit é uma variável que leva inúmeras famílias a realizarem ocupações irregulares nos mais diversos locais, muitos deles, incompatível com as condições mínimas de salubridade, segurança e de habitabilidade, porém imprescindível para aqueles que da moradia necessitam. Em Manaus é muito natural se deparar com ocupações irregulares em áreas ambientalmente protegidas⁷ - por exemplo, às margens de Igarapés⁸, em áreas públicas - logradouros públicos e prédios desafetados pela Administração Pública⁹, e em áreas privadas, não pela situação de irregularidade, mas pela característica da necessidade. Um fator marcante em todas essas ocupações é a omissão do Poder Público quanto às necessidades de uma população.

Independentemente dessas causas, é incontestado que as ocupações irregulares levam tanto o Poder Público - na defesa de seus bens e do meio ambiente (art. 225, *caput*, da CF) - quanto o particular - na defesa de sua propriedade ou posse - à tomada de medidas judiciais (reintegração e manutenção de posses, reivindicatória *etc.*) que invariavelmente leva à desocupação individual ou coletiva.

Apesar da legitimidade dessas medidas judiciais, não há por parte dos legitimados ativos uma análise da consequência desses atos, ou seja, não há uma análise de quais medidas serão tomadas para com as famílias que sofrerão com o cumprimento das ordens judiciais.

Embora essa problemática não pertença aos autores dessas ações judiciais, o Poder Público, todavia, não pode vedar os olhos para os seus súditos, uma vez que é sua obrigação buscar todos os meios disponíveis para evitar que a pessoa, no sentido singular, seja reificada ou, pior, instrumentalizada¹⁰. É seu dever proteger seus cidadãos, até mesmo porque a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, III, da CF).

Sendo este um dever do Poder Público, é imprescindível buscar formas de evitar que as pessoas que tenham sido destinatárias de ordens de desocupação, sejam expostas a uma situação de vulnerabilidade maior do que já estavam expostas por ocasião da ocupação

⁷ Vide o caso da Comunidade Cidade das Luzes que foi erguida sobre uma área de preservação permanente. *In*: <https://amazonas1.com.br/manaus/cidade-das-luzes-ainda-sofre-com-ocupacoes-irregulares/>. Acesso em: 5 nov. 2018.

⁸ Isso foi uma das razões que levou ao Governo do Estado do Amazonas a instituir o Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus- PROSAMIM, conhecido mundialmente pelo seu aspecto democrático de acessar uma moradia digna.

⁹ Isso ocorreu no Prédio da Casa do Estudante, localizado na Rua Barroso, de propriedade da Universidade Federal do Amazonas, bem como no prédio da Receita Federal, localizado na Rua Quintino Bocaiúva, ambos em Manaus. Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/grupos-retirados-da-invasao-cidade-das-luzes-invadem-predios-no-centro>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis Novais. **A dignidade da pessoa humana**. V. 1: Dignidade e direitos fundamentais, 2016, p. 23.

irregular. Piorar essa característica é, sem dúvidas, colocar em “xeque” sua dignidade¹¹.

Diante desse fato, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas tem realizado uma interpretação diferente da Lei Municipal n. 1.666/2012, no sentido de que ela é inconstitucional se a analisar de forma restritiva, pois estaria protegendo de forma insuficiente as diversas formas de vulnerabilidade temporária a que propunha a lei. Doutra banda, está o Poder Público Municipal afirmando que a Lei é clara e suficiente na proteção a que está destinada, não havendo qualquer vício de constitucionalidade. Tendo em vista a importância de ambas as alegações, serão elas analisadas em tópicos separados.

4. LEADING CASE: AGRAVO INTERNO N.º 0000463-27.2018.8.04.0000, ORIUNDO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas teve poucas oportunidades de analisar a Lei Municipal n. 1.666/2012, para ser exato, apenas em quatro momentos essa lei foi objeto de discussão pelas Câmaras Cíveis.

Num primeiro momento, a discussão pairou sobre a possibilidade de estender a duração do benefício para além dos 18 (dezoito) meses, tendo o judiciário julgado pela sua impossibilidade¹².

Já a segunda questão, versou sobre a viabilidade do valor do auxílio-aluguel superar o patamar estabelecido na Lei Municipal n. 1.666/2012, ou seja, a importância de R\$ 300,00 (trezentos reais). Nesta temática há dois posicionamentos, o primeiro (05/12/2014), oriundo da Segunda Câmara Cível, afirmou que não competia ao Poder Judiciário a mudança desse patamar, uma vez que tal opção é atribuição do Poder Legislativo, logo, o patamar a ser pago é aquele presente na própria lei e não o valor que o Poder Judiciário acredita ser o certo ou o justo; doutra banda, a Primeira Câmara Cível, encampando o segundo posicionamento (04/06/2018), firmou o entendimento de que acaso o valor fixado na Lei do Auxílio Aluguel não for capaz de fornecer uma moradia digna, viola o

¹¹ O ordenamento jurídico tem como destinatário o ser humano, para atender os anseios dos seres humanos, ou seja, o ser humano é o fim e o meio do ordenamento jurídico, “(...) “a ‘Virada Kantiana’ foi um grande marco no ordenamento jurídico, onde passou-se a exigir do Estado uma análise do ser humano como destinatário e fundamento do direito, ou seja, o ser humano passa a ser o meio e o fim do próprio ordenamento jurídico, rejeitando todo e qualquer tratamento que coisifique o ser humano.”. (OLIVEIRA, Maria Fernanda César Las Casas; TOLEDO, Renata Maria Silveira; SANTOS, João Paulo Marques dos. O Superior Tribunal de Justiça e a proteção do bem de família: ativismo judicial ou preservação do patrimônio mínimo? *Revista da Defensoria Pública da União*, v. 12, p. 247-271, 2019, p. 254).

¹² Segundo o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas não há possibilidade de concessão do benefício além do prazo já estabelecido na Lei Municipal n. 1.666/2012, *in verbis*: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO ALUGUEL. LEI N. 1.666/12 DO MUNICÍPIO DE MANAUS. IMPOSSIBILIDADE DA CONTINUIDADE DE SUA CONCESSÃO APÓS O PERÍODO DE 18 MESES. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º, §2º, DA LEI N. 1.666/12. RECURSO PROVIDO. (Relator (a): Paulo César Caminha e Lima; Comarca: Capital - Fórum Ministro Henocho Reis; Órgão julgador: Primeira Câmara Cível; Apelação n.º 0636826-29.2016.8.04.0001; Data do julgamento: 23/07/2018; Data de registro: 23/07/2018)

princípio da dignidade da pessoa humana, necessitando de mudança por parte do Poder Judiciário¹³.

Por fim, a última questão analisada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, foi com relação à extensão do auxílio aluguel àquelas pessoas em estado de vulnerabilidade temporária em razão de desocupação de área ambiental¹⁴. Neste julgamento, a Primeira Câmara asseverou que a leitura da Lei do Auxílio-Aluguel deve ser feita de forma sistemática, isto é, o intérprete ao ler o art. 1º deverá conjugá-lo com o art. 5º, ambos da Lei Municipal n. 1.666/2012, donde concluirá que:

i) as famílias beneficiadas serão aquelas vítimas de enchentes, desmoronamentos, que se encontrem em situação de risco ou se encontrem removidas de sua morada por força de obras públicas; ii) as famílias atingidas por esses eventos também deverão, em virtude desses acontecimentos, estar desalojadas, desabrigadas ou em situação de vulnerabilidade temporária; iii) o imóvel de residência da família afe-

¹³ No Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas há divergência quanto a este valor, tendo a Segunda Câmara Cível proferido decisão contra a mudança do patamar estabelecido na Lei Municipal, neste sentido: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À MORADIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. INCLUSÃO NO PROGRAMA HABITACIONAL DO MUNICÍPIO. ALUGUEL SOCIAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A moradia digna é direito de todos, garantido pela Constituição da República, sendo obrigação solidária dos Entes Federados. (...). 4. O valor do auxílio aluguel, nos termos do art. 4º da Lei Municipal nº 1.666/2012, é de R\$300,00 (trezentos reais). Com efeito, este deve ser o montante a ser pago à Agravada. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido em harmonia com o Parquet, estritamente para reconduzir o valor do auxílio aluguel ao patamar previsto na lei de regência. (Relator (a): Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura; Comarca: Capital - Fórum Ministro Henoch Reis; Órgão julgador: Segunda Câmara Cível; Agravo de Instrumento n. 4000358-21.2014.8.04.0000. Data do julgamento: 08/10/2014; Data de registro: 05/12/2014). Por outro lado, a Primeira Câmara Cível proferiu decisão no sentido da possibilidade de mudança do valor desse auxílio, tendo em vista que o valor insuficiente para o custeio de moradia digna, viola a dignidade da pessoa humana, *in verbis*: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A MORADIA. AUXÍLIO-ALUGUEL. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO CONFIGURAÇÃO. ALEGAÇÃO DE RESERVA DO POSSÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA. O direito à moradia é um direito de todos, garantido pela Constituição Federal em seu artigo 8º, sendo obrigação solidária de todos os Entes Federados; E uma das vertentes do direito à moradia reside na concessão de auxílio - aluguel para pessoas inseridas em determinada situação de risco, tais como incêndios, desabamentos e enchentes, e, de maneira transitória, estão impossibilitados de ocupar suas habitações. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de Poderes. Precedentes do STF; A alegação do princípio da reserva da possível demanda a comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não possuindo valor a mera invocação genérica do instituto para se escusar o ente do cumprimento da obrigação que lhe foi imposta por norma legal ou constitucional. Precedentes do STJ; Em última análise, ao ofertar um valor insuficiente a prover moradia digna às pessoas desalojadas, o Poder Público culmina na violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, preconizado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988; Recurso conhecido e provido; Decisão reformada. (Relator (a): Yedo Simões de Oliveira; Comarca: Capital - Fórum Ministro Henoch Reis; Órgão julgador: Primeira Câmara Cível; Agravo de Instrumento n. 4000063-47.2015.8.04.0000; Data do julgamento: 04/06/2018; Data de registro: 05/06/2018)

¹⁴ Agravo Interno n.º 0000463-27.2018.8.04.0000, Relator: Desembargador Yedo Simões de Oliveira.

tada deve ter sido comprometido, no todo ou em parte, pelo evento descrito no art. 1º da lei em comento, ou encontre-se na iminência de sê-lo, com a comprovação desse estado por intermédio de laudo confeccionado pela Defesa Civil do Município de Manaus ou do Estado do Amazonas.¹⁵

Assim, não basta que a pessoa esteja em estado de vulnerabilidade temporária, por si só. É necessário que essa vulnerabilidade decorra de uma das hipóteses tratadas no art. 1º, da Lei do Auxílio Aluguel, dentre as quais não há previsão de concessão às famílias que foram alvo de desocupação.

Todavia, não nega a Câmara que esse estado de vulnerabilidade deva ser tutelado pelo Poder Público, porém, não de acordo com a Lei do Auxílio Aluguel. Porque se assim entender, haverá um alargamento das hipóteses previstas o que impactará, sem dúvidas, no orçamento não previsto pelo ente federativo, além de desvirtuar a *ratio essendi* da lei municipal. Considerou, ainda, que essa interpretação transformaria o acórdão em ação legislativa, ou seja, uma flagrante violação da separação dos poderes.

Diante dessas considerações não deu provimento ao Recurso Interno interposto pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas, ementando sua decisão da seguinte forma:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À MORADIA. AUXÍLIO-ALUGUEL. REQUISITOS PARA CONCESSÃO. NÃO PREENCHIMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A concessão da tutela provisória de urgência pressupõe a existência cumulativa dos requisitos previstos no art. 300 do Código de Processo Civil, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; 2. A Lei Municipal n.º 1.666/2011 prevê expressamente as hipóteses de concessão do auxílio-aluguel, restringindo-se a famílias que, decorrência de enchentes, desmoronamento, área sob risco iminente ou obra pública emergencial, se encontrem desalojadas, desabrigadas ou em situação de vulnerabilidade temporária, voltando-se à proteção de famílias atingidas por evento fortuito e consubstanciando-se em ferramenta pública específica para a circunstância fática escolhida pelo legislador; 3. Não existe previsão legal de concessão do auxílio-aluguel, nos moldes da Lei Municipal n.º 1.666/2011, para as famílias alvo de desocupação de área ambiental; 4. Recurso conhecido e não provido; 5. Decisão mantida. (Relator (a): Yedo Simões de Oliveira; Comarca: Capital - Fórum Ministro Henocho Reis; Órgão julgador: Primeira Câmara Cível; Data do julgamento: 23/07/2018; Data de registro: 23/07/2018)

Com esse julgamento, entendeu o Tribunal de Justiça do Amazonas que não pode, ele, substituir a vontade do Poder Legislativo, pois não lhe fora concedida, pela Constituição Federal, tal competência, devendo, portanto, aplicar tão-somente o que dispõe a Lei Municipal n.º 1.666/2012.

¹⁵ Voto do Relator. p. 6

5. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N. 1.666/2012

Não há estudos sobre a constitucionalidade dessa lei municipal, portanto, os argumentos levantados como favoráveis e desfavoráveis são baseados na linha de raciocínio aduzida pela Defensoria Pública em sede do Agravo Interno n.º 0000463-27.2018.8.04.0000, interposto por ocasião da negativa da tutela de urgência antecipada que visava a concessão de auxílio aluguel àqueles que foram os destinatários da ordem judicial que determinou a desocupação do local onde exercia a sua moradia. Não obstante, serão analisadas possíveis argumentações que servem de base para a discussão proposta, sem qualquer pretensão de esvaziamento da questão ou enumeração definitiva de todas as críticas que poderão ser arguidas ao trabalho.

5.1. Argumentos favoráveis à inconstitucionalidade

Alguns argumentos foram levantados pela Defensoria Pública para subsidiar a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1.666/2012, buscando, desta feita, uma interpretação mais aberta dos seus dispositivos para englobar todo aquele que estivesse em situação de vulnerabilidade temporária, desde que tivesse sido o destinatário de ordem de desocupação e encontra-se em situação degradante.

Para tanto, sustentou a Defensoria que essa interpretação viola o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da proporcionalidade na sua vertente da proteção insuficiente, os quais passam a ser tratados em tópicos separados para melhor compreensão.

5.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial

As noções de dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial são indissociáveis para compreensão dos seus conteúdos¹⁶. Apesar dessa dissolução, somente a dignidade da pessoa humana encontra previsão expressa na Carta Magna de 1988, enquanto o mínimo existencial, não¹⁷. Em todo o caso, ambos os princípios não possuem definições precisas

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 1, p. 29 - 44, nov. 2013.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 177, p. 29-49, jul. 1989, p. 29.

acerca do seu conteúdo^{18,19}.

A imprecisão do conteúdo destes princípios é o local onde reside um dos maiores problemas, pois ao passo que eles possuem um largo campo de proteção, a sua utilização se dá, muitas vezes, de forma equivocada e antagônica. É comum, no Brasil, verificar a utilização deles, tanto no polo ativo, quanto no polo passivo das demandas judiciais.

De qualquer modo, essa imprecisão é necessária para evitar a sua delimitação aquém do que realmente está a proteger, isto é, o ser humano. Isso é relevante porque há muito constatou-se que o Estado Legalista não fora suficiente para a proteção dos direitos fundamentais, pois autorizou, por meio de lei, a classificação de pessoas em “inferiores” e outras em “superiores”, uma verdadeira coisificação que levou ao extermínio de inúmeros judeus, por ocasião da Segunda Guerra Mundial.

Após este triste e horripilante marco histórico, o direito passa a não ter um fim em si mesmo, mas, a partir dele, o ser humano passa ser o fim do próprio direito, ou seja, o direito parte do ser humano para o ser humano²⁰, privilegiando o direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, à igualdade e, principalmente, ao mínimo necessário à sua existência. A todos esses princípios, corolários da dignidade da pessoa humana, gera uma mudança de paradigma, cuja doutrina passou a denominar de “virada kantiana²¹”.

A maioria desses direitos está enquadrada tanto na primeira quanto na segunda dimensões, ou seja, são necessárias atuações negativas e positivas do Estado, a fim de garantir o mínimo necessário para a consecução do seu fim, qual seja, a prestação do bem-estar social. Aliás, a Constituição Federal de 1988, garantiu todos esses direitos em diversos

¹⁸ Ricardo Lobo Torres assevera que “Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que toma difícil estremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social.” (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 177, p. 29-49, jul. 1989, p. 29). Nesse mesmo sentido: NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. V. 1: Dignidade e direitos fundamentais, 2016, p. 23.

¹⁹ Luís Roberto Barroso, por outro lado, adota uma estrutura minimalista para conceituar a dignidade da pessoa humana. Partindo de três pontos: o valor intrínseco de todos os seres humanos; a autonomia de cada indivíduo e a autonomia limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais. (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello, 2016, p. 72.)

²⁰ SANTOS, João Paulo Marques; BRASIL, Júlio César Mendes. Fazenda Pública e a revelia: Uma relação de incompatibilidade mitigada. **Revista de Processo**, vol. 276, p. 353-369, fevereiro, 2018, p. 362.

²¹ “Immanuel Kant (1724-1804), um dos filósofos mais influentes do Iluminismo, é uma referência central na moderna filosofia moral e jurídica ocidental. Muitas das suas reflexões estão diretamente associadas à idéia de dignidade humana e, conseqüentemente, não é surpresa que ele seja o autor mais frequentemente citado nos trabalhos sobre essa matéria. Apesar de questionamentos ocasionais ao seu sistema de moralidade, a ética kantiana se tornou parte crucial da gramática e da semântica dos estudos sobre a dignidade humana. Por essa razão, correndo o risco da simplificação excessiva, apresenta-se a seguir uma síntese de três dos conceitos centrais do seu pensamento: o imperativo categórico, a autonomia e a dignidade.” (BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, vol. 919, p. 127 - 195, maio, mensal, 2012).

momentos²².

Todos esses dispositivos, inclusive, foram colacionados na Constituição Estadual do Amazonas, conforme se depreende dos artigos 3º, 181 e 196, *in verbis*:

Art. 3º. O Estado, nos limites de sua competência, assegura, em seu território, a brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição da República.

Art. 181. O Estado e os Municípios, juntamente com a União, integram um conjunto de ações e iniciativas dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e assistência social, de conformidade com a Constituição da República e as leis.

Art. 196. Ao Estado compete:

(...)

III - viabilizar o acesso à moradia à população de baixa renda, bem como assistência sanitária, escolar e social;

É possível notar que todos esses direitos, alguns de eficácia plena, outros de eficácia limitada, possuem um único objetivo, garantir o mínimo existencial, o qual, na visão do Supremo Tribunal Federal, quando este for a base para implementação de políticas públicas, jamais serão violadores do princípio da separação de poderes, conforme restou consignado no voto do Relator Ministro Edson Fachin, no Ag.Reg no RE com Ag. 925.712, oriundo do Rio de Janeiro, *in verbis*:

Conforme consignado na decisão que se impugna, o acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência desta Corte, segundo a qual o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da segurança e moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, porquanto não se cuida de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro.

O entendimento firmado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento deste Agravo no Recurso Especial, foi:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SEGURANÇA E MORADIA. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE REASSENTAMENTO EM VIRTUDE DE DESALOJAMENTO. POS-

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...). Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

SIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia. (...). (ARE 925712 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017)

Sendo incontestável a possibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se nas Políticas Públicas, onde haja a presença do mínimo existencial, é dever do próprio Estado²³: (i) Respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja principal característica é a abstenção, uma vez que a dignidade não pode sofrer ingerência do Estado e particulares; (ii) Proteger a dignidade da pessoa humana, devendo o Município de Manaus, adotar medidas voltadas a repelir violações ou tratamentos desumanos, no intuito de garantir o mínimo existencial; e (iii) Promover as condições mínimas para uma vida humana com dignidade, cujo intuito é rechaçar qualquer conduta que vise reificação do ser humano.

É com base nessas argumentações que a Defensoria Pública do Estado do Amazonas aduz que a Lei Municipal n. 1.666/2012 quando nega o auxílio aluguel à pessoa que foi destinatária de ordem de reintegração de posse, sem que tenha verificado às suas condições financeiras e, até mesmo, da existência de local alternativo para residir temporariamente, a expõe a uma situação de vulnerabilidade extrema, reificando-a, portanto.

5.1.2. Princípio da proporcionalidade e a vedação da proteção insuficiente

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição do excesso²⁴, tem seu nascimento junto ao direito administrativo²⁵, de onde fora reconduzido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência para o âmbito do direito constitucional. O seu fundamento, contudo, revela algumas divergências no âmbito doutrinário. Gilmar Ferreira Mendes²⁶ chega a sustentar que existem três posicionamentos acerca do fundamento da proporcionalidade, a saber: (i) o postulado da proporcionalidade consiste na expressão do Estado de Direito, tendo em vista o seu desenvolvimento histórico do Poder de Polícia do Estado; (ii) a base da proporcionalidade é encontrada nos direitos fundamentais; e (iii) a proporcionalidade é tratada como direito suprapositivo.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo**, 2015. p. 97.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 1997, p. 266-267.

²⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso e direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. T. 2, V. 2, 2014, p. 473. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 1997, p. 267.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**, 2012, p. 65. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 1997, p. 267

Independentemente das razões dessas divergências, será adotado o posicionamento de que o princípio da proporcionalidade integra a “(...) essência ou o conteúdo identitário do Estado material de direito.”²⁷, isso porque ele se manifesta como uma restrição ao Poder Público, por ocasião de suas decisões, agir de forma arbitrária atribuindo vantagem ou desvantagem a um destinatário em específico²⁸.

Não somente, há manifestação desse princípio também na seara legislativa e, neste aspecto, é verificada quando há excesso no poder de legislar, podendo decorrer da inadequação entre os meios e os fins²⁹. Outra manifestação desse princípio se dá na proibição de o legislador, ao tutelar determinado direito, o faça de forma deficiente.

Dessas manifestações surge uma questão, como aferir se determinada norma é proporcional? A verificação *in concreto* se dá com a aplicação deste caso aos três critérios (subprincípios) da proporcionalidade: (i) critério da adequação; (ii) critério da necessidade; e (iii) critério da proporcionalidade em sentido estrito³⁰.

Esses princípios, no entanto, quando são utilizados para aferir se determinada norma de natureza social é desprovida de proteção suficiente, logo violadora do princípio da proporcionalidade, deverão ser analisadas, segundo Néviton Guedes³¹, da seguinte forma:

(i) **Atuação ou efetividade (aptidão):** Essa característica exige que o Estado aja, isto é, seja proativo e promova medidas plenamente viáveis à proteção dos direitos sociais. Logo, quando deixa de atuar, não só a inércia estatal é violadora dos direitos humanos, como também a proteção que se mostrar insuficiente àqueles direitos decorrentes da ação estatal, também estará em desacordo com o princípio da proporcionalidade.

Ao analisar essa característica com a Lei Municipal n.º 1.666/2012, verifica que não há qualquer óbice com relação ao postulado da adequação, já que o Município, por ocasião da sua promulgação, promoveu a proteção assistencial às populações que se encontravam em situação de vulnerabilidade temporária. Tal medida fora realizada dentro da sua competência constitucional, isto é, nos limites da competência comum, conforme o art. 23, II, da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

(ii) **Suficiência (necessidade):** existindo duas ou mais medidas aptas e eficientes à proteção do direito, mas que haja opção, pelo Legislador, de medida que menor proteja os direitos sociais, gozará essa proteção da característica de insuficiente, necessitando, portanto, uma atuação do Poder Judiciário para suprir essa omissão culposa ou dolosa do Legislador, a fim de garantir a efetividade do princípio da proporcionalidade em prol de

²⁷ MORAIS, op. cit., p. 474.

²⁸ MORAIS, op. cit., p. 474.

²⁹ MENDES, op. cit., p. 72-73.

³⁰ MORAIS, op. cit., p. 475.

³¹ Princípio da proibição da insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. [online]. In.: **Revista Consultor Jurídico**. 2015.

garantir a dignidade da pessoa humana e, também, o princípio do mínimo existencial.

A Lei Municipal n. 1666/2012, como dito outrora, instituiu o auxílio aluguel às vítimas de enchentes, desmoronamentos, remoção de risco ou, ainda, por força de obras públicas, ou seja, prevê um dispêndio de verbas públicas, a qual necessita de previsão orçamentária, logo, o veículo utilizado, isto é, a lei, é indispensável à consecução do auxílio. Portanto, esta Lei Municipal é necessária ao fim pretendido.

(iii) **Proporcionalidade em estrito sentido, ou ponderação:** É avaliada a partir da ponderação entre os direitos fundamentais quando estes estejam em conflito por ocasião da aplicação em determinada demanda. Embora duvidosa essa técnica³², Néviton Guedes assevera que:

(...) a admissão por parte do Estado de que a concretização do direito fundamental social pode colocar em perigo ou ameaça outros bens constitucionalmente protegidos, de tal ordem que se justificaria, mesmo com as cautelas das outras duas máximas (efetividade e suficiência), o teste de verificação da primazia, ou não, de um ou outro direito ou bem constitucional envolvido na colisão (no caso, com o direito fundamental social).

Todavia, essa ponderação deve ser razoável, isto é, menos gravoso do que a utilização/aplicação de outro direito fundamental. Os defensores da aplicação desse princípio ao caso da Lei do Auxílio Aluguel afirmam que estão em choque os direitos à dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial frente ao princípio da legalidade, ou seja, ao passo que for aplicado o teor estrito da Lei Municipal n.º 1.666/2012, estar-se-ia negando àquelas pessoas em situação de vulnerabilidade o mínimo para manutenção da subsistência e, conseqüentemente violando a sua dignidade, haja vista a situação de extrema vulnerabilidade, que as coloca em situação de coisificação.

5.2. Argumentos contrários à inconstitucionalidade

Sustentam o Município de Manaus e o Tribunal de Justiça do Amazonas que realizar interpretação extensiva dos dispositivos da Lei Municipal n. 1.666/2012, no sentido de tutelar situações que não foram expressamente previstas pelo Legislador Local, seria ir de encontro com o Estado de Direito, pois estaria autorizando que o Ente deixe de observar a legalidade com o intuito de conceder auxílio aluguel àquele que não faz jus ao benefício. Além disso, a decisão judicial serviria como ato legislativo, o que se mostra incompatível com a atual separação dos poderes do Estado.

Ademais, esse tipo de decisão poderia ensejar na inviabilização da manutenção do próprio benefício, tendo vista que o orçamento planejado para esse custeio não seria suficiente

³² Dentre os métodos de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, certamente o da ponderação é um dos mais perigosos. Sem critérios efetivos e, definitivamente, delimitados na lei, a sua utilização garante ao julgador margens para decidir de qualquer forma. Uma verdadeira fórmula para manutenção do ativismo judicial.

para alcançar a cobertura dos eventos não previstos da Lei, o que, certamente, prejudicaria os atuais beneficiários.

Dado esses argumentos por parte do Judiciário e da Administração local, serão eles analisados de maneira pormenorizada e em tópicos separados.

5.2.1. Estado de direito e o princípio da legalidade

Investigar o Estado de Direito e a sua relação direta com o Estado Legal é, inevitavelmente, necessário revisitar o constitucionalismo, o qual, aliás, surgiu com o propósito de limitar a atuação do Estado e de seus governantes, a fim de evitar barbáries, arbitrariedades e o próprio abuso do poder³³. Nas palavras de J. J. Canotilho o “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade.”³⁴. Georges Abboud³⁵, por sua vez, alude que:

O constitucionalismo surge como fenômeno histórico-político, cuja função consiste em limitar e racionalizar o poder político, estabelecendo todas as regras normativas a partir das quais o Estado pode agir. Ademais, é o constitucionalismo que impõe limites ao poder soberano, mediante a divisão de poderes, estabelecendo como valores primordiais da sociedade a liberdade, a igualdade e a preservação dos direitos fundamentais.

Mecanismos foram criados para limitar o poder do Estado, a lei, por exemplo, é a principal delas. A ideia de vinculação do Estado a um rol de direitos previamente previstos em uma Constituição ou em uma Lei, garantiu à sociedade a existência do princípio da legalidade, isto é, uma forma de assegurar ao povo que o Estado somente atuará de acordo com os ditames legais previamente estabelecidos, a esse modelo foi atribuída a denominação de Estado de Direito³⁶.

Mas ele não foi o suficiente, em nome da Lei atrocidades foram praticadas durante a 2ª Guerra Mundial, atribuindo a determinadas pessoas superioridade racial em detrimento de outras, uma verdadeira deturpação do sentido do Estado de Direito³⁷, “(...) uma inversão de valores em relação ao ser humano, isto é, ele passa a ser o meio e não o fim do

³³ SANTOS, João Paulo Marques; BRASIL, Júlio César Mendes. A limitação do poder de polícia pela função social: uma análise a partir do Recurso Especial n. 1.217.234-PB. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 11, p. 63-87, 2019.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 1997, p. 51.

³⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, 2016, p. 47.

³⁶ DIOGO, de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 116, p. 79-102, out./dez, 1992, p. 79.

³⁷ SANTOS, João Paulo Marques dos. Os refugiados venezuelanos no estado de Roraima e a Ação Civil Originária n. 3121-RR. In: Arthur Bezerra de Souza Júnior; Felipe Dalenogare Alves; Fernando Aith; Siddharta Legale. (Org.). **Perspectivas de direitos humanos**, 2018, p. 627.

direito”³⁸, quando, na verdade, isso deveria ser o contrário.

A legalidade estrita ou extremada é perigosa, em especial aquela que decorre apenas do poderio do Estado e não parte da representação do povo, o qual legitima, democraticamente, as decisões políticas de um Estado e as suas leis. Diogo de Figueiredo³⁹ ao refletir sobre o tema asseverou que a elaboração de normas depende da prévia participação do povo, para que possamos afirmar que temos um Estado Democrático de Direito, ou seja, a característica da legitimidade era determinante para fixar esse conceito.

Seguindo esse raciocínio, todas as leis da República Federativa do Brasil possuem legitimidade, pois são frutos da discussão dos representantes do povo, logo a sua observância é de cunho imperativo e vinculativo. Na Administração Pública, esse fator é mais forte ainda, pois a Constituição no seu art. 37, *caput*, já determinou que ela está vinculada ao princípio da legalidade, ou seja, somente pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa, se houver lei nesse sentido, ou seja, a Administração vivencia um Estado Legalista que sempre deverá observá-lo.

Distanciar desse ditame, é atentar tanto contra o Estado Democrático de Direito quanto a própria cogência da Constituição. É distanciar a limitação do poder do Estado, por meio das leis, para se aproximar do autoritarismo por meio da discricionariedade, o que não parece nada democrático.

A lei é a linha de atuação do agente público, cujo desvio deverá ser reparado pelo Poder Judiciário, desde que devidamente provocado ou até mesmo pela própria Administração no exercício da autotutela dos seus atos. Seguindo essa linha de pensar, é que essa corrente fundamenta que a concessão do Auxílio Aluguel deve ser feita com base na sua lei de criação, cujos requisitos foram amplamente descritos, bem como as suas hipóteses de concessão.

Tentar alargar o campo de hipóteses de aplicação da Lei Municipal n. 1.666/2012, é substituir a decisão política legitimada pelo poder conferido pelo povo, em detrimento da vontade daquele que julga, sem dúvida estará diante de um ativismo inconstitucional. Por isso, a observância restrita dos requisitos preparatórios à concessão do auxílio-aluguel deve ser feita com base no campo semântico autorizador da Lei Municipal n. 1.666/2012.

5.2.2. Separação dos poderes

Outro argumento que pode ser levantado é a violação do princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CF/88, e, mais bem detalhado no Título III da Constituição, onde passa a elencar as atribuições de cada Poder que compõe o Estado.

Apesar da elaboração de várias atribuições, ela não pode ser vista como um rol exaustivo,

³⁸ SANTOS, João Paulo Marques dos; BRASIL, Júlio César Mendes. A fazenda pública e a revelia: Uma relação de incompatibilidade mitigada. *In.*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Novo Processo Civil. Vol. IV – Processo de Conhecimento**, 2018, p. 469.

³⁹ DIOGO, de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 116, p. 79-102, out./dez, 1992, p. 79-80.

oriunda da metodologia estanque da tripartite divisão dos poderes estatais, pelo contrário, as funções são dinâmicas e se amoldam de acordo com a evolução da sociedade e a especialização das Instituições, sempre observando, no entanto, as regras previstas no texto do Constitucional para que não aconteçam usurpações, como ocorreu no caso da “mutação constitucional” do art. 52, X, da CF⁴⁰.

Ao passo que compete ao Poder Judiciário dizer e aplicar o direito ao caso concreto, quando provocado pelos interessados; ao Legislativo incumbe a criação das normas que servirão de norte para aquele aplicar e para o Executivo seguir. Neste sentido é a lição de Fabrício Juliano Mendes Medeiros⁴¹:

(...) da análise desse conjunto normativo, pode-se de logo concluir que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu várias situações que legitimam a atuação de um Poder sobre o outro, ou seja, hipóteses em que a Constituição conferiu a possibilidade de um determinado poder exercer um controle sobre a atividade confiada a outro.

A existência de fiscalização mútua, bem como a delimitação das funções de cada Poder no âmbito do Estado, é que fundamenta a impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se na política pública de assistência social, cuja competência é do Poder Executivo na sua administração e do Legislativo, quanto à sua regulamentação.

Assim, existindo norma acerca do auxílio aluguel no âmbito municipal, cuja abrangência foi delimitada pelo Poder Legislativo local, não competirá ao Judiciário estabelecer um novo âmbito de proteção, pois além de ultrapassar os limites legais, obrigaria a Municipalidade a arcar com custos que não foram destinados para esse fim, colocando em risco o próprio funcionamento de outras áreas de atuação do Poder Público local, o que afrontaria, sem dúvidas, o princípio da reserva do possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um modo geral, a Lei Municipal n. 1.666/2012 desempenha um importante papel no âmbito dos direitos assistenciais no Município de Manaus, pois garante àqueles em situação de vulnerabilidade temporária, decorrente de situações extraordinárias, como o desmoronamento, enchente ou por força de obras públicas, uma pecúnia no importe de R\$ 300,00 (trezentos reais), a fim de auxiliar com o pagamento de um aluguel em outro local. A importância deste auxílio é garantir que as pessoas que estejam em situação de vulnerabilidade transitória e que não tenham condições mínimas para realizar a manuten-

⁴⁰ TOLEDO, Renata Maria Silveira; OLIVEIRA, Maria Fernanda César Las Casas. SANTOS, João Paulo Marques dos. A mutação constitucional do art. 52, X, da CF: evolução da reclamação n. 4.335-5/AC às ADI's 3.406/RJ e 3.470/RJ. *In.*: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 13, 2018, Curitiba. **Anais** [...], 2018. p. 771-796.

⁴¹ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, a. 45, n. 178, p. 195-205, abr.-jun., 2008, p. 201.

ção da sua subsistência, a possibilidade de arcar ou complementar o valor a ser despendido ao aluguel de uma moradia até que perpassasse aquela situação extraordinária transitória.

Não obstante, embora a lei municipal tenha trazido essas três hipóteses de incidência, a sua aplicação não é suficiente para abranger outras situações como o caso de desocupações coletivas, o que levou a Defensoria Pública do Estado a buscar a sua inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade na sua modalidade de proteção insuficiente, já que não abrange outras situações de igual relevância e semelhança, o que violaria, também, o princípio da dignidade da pessoa humana e o do mínimo existencial.

Apesar dos seus esforços para comprovar a sua inconstitucionalidade, venceu a tese de que o Poder Judiciário não poderia sobrepor à vontade do Poder Legislativo que garantiu textualmente a abrangência do auxílio aluguel nos termos da Lei Municipal n. 1.666/2012, não alcançando a situação daquelas pessoas que foram destinatárias das ordens judiciais de desocupação coletiva, já que poderia usurpar as funções e violando o princípio da separação dos poderes. Sem falar na possibilidade de desabilitar outros serviços públicos em razão do passivo que originaria com esse acréscimo.

Analisar a questão apenas do prisma da dignidade da pessoa humana e da teoria das minorias, poderia chegar a conclusões que não são razoáveis e que ferem o equilíbrio das relações jurídicas, embora seja possível investigar a partir do aspecto da efetivação de direitos fundamentais. Acerta o Tribunal de Justiça do Amazonas quando observa o caso a partir do aspecto que a situação anterior dos moradores é de ilegalidade, por isso, atribuir à Administração Pública o dever de implementar determinados auxílios assistenciais para situações cuja origem é desprovida da legalidade, é, sem dúvida, atentar contra o Estado de Direito e incentivar semelhantes condutas que vão de encontro com a própria legalidade. Além disso, chancelar essas condutas seria autorizar que pessoas se beneficiem da sua própria torpeza, violando a boa-fé objetiva.

Diante disso, embora legítima a atuação da Defensoria Pública do Estado do Amazonas ao buscar discutir a Lei Municipal n.º 1.666/2012 à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da proporcionalidade quanto ao seu aspecto da proteção insuficiente, o Tribunal de Justiça do Amazonas acertou quando deixou de atender ao seu pleito, para privilegiar o Estado de Direito e os princípios basilares da administração Pública insculpidos no art. 37, *caput*, da CF/88.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 919, p. 127 - 195, maio, mensal, 2012.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 203.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

DIOGO, de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. Brasília: 1992.

GUEDES, Néviton. Princípio da proibição da insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. [online]. *In.*: **Revista Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>. Acesso em: 02 nov. 2018.

IBGE. Censo Demográfico 2010. **Características da população e dos domicílios**: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/552/cd_2010_agrn_i_f.pdf. Acesso em: 5 nov. 2018.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, a. 45, n. 178, p. 195-205, abr.-jun. Brasília, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso e direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. T. 2, V. 2, Coimbra: Coimbra, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis Novais. **A dignidade da pessoa humana. V. 1**: Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Maria Fernanda César Las Casas; TOLEDO, Renata Maria Silveira; SANTOS, João Paulo Marques dos. O Superior Tribunal de Justiça e a proteção do bem de família: ativismo judicial ou preservação do patrimônio mínimo? **Revista da Defensoria Pública da União**, v. 12, p. 247-271, 2019.

SANTOS, João Paulo Marques dos. Os refugiados venezuelanos no estado de Roraima e a Ação Civil Originária n. 3121-RR. In: Arthur Bezerra de Souza Júnior; Felipe Dalenogare Alves; Fernando Aith; Siddharta Legale. (Org.). **Perspectivas de direitos humanos**. 1ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018, p. 623-640.

SANTOS, João Paulo Marques; BRASIL, Júlio César Mendes. Fazenda Pública e a revelia: Uma relação de incompatibilidade mitigada. **Revista de Processo**, vol. 276, p. 353-

369. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2018.

_____. A fazenda pública e a revelia: Uma relação de incompatibilidade mitigada. In.: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Novo Processo Civil**. Vol. IV – Processo de Conhecimento. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 469.

_____. A limitação do poder de polícia pela função social: uma análise a partir do Recurso Especial n. 1.217.234-PB. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 11, p. 63-87, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29 - 44, nov. 2013, p. 29. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>. Acesso em: 1 nov. 2018.

_____. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo**. Florianópolis: 2015.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOLEDO, Renata Maria Silveira; OLIVEIRA, Maria Fernanda César Las Casas; SANTOS, João Paulo Marques dos. A mutação constitucional do art. 52, X, da CF: evolução da reclamação n. 4.335-5/AC às ADI's 3.406/RJ e 3.470/RJ. In.: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 13, 2018, Curitiba. **Anais [...]**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2018. p. 771-796.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989, p. 29. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 1 nov. 2018.

DIREITO COMPARADO
E INTERNACIONAL

COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW

A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR E SUA INCONVENCIONALIDADE: ANÁLISE A PARTIR DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*THE EXTENSION OF THE JURISDICTION OF MILITARY JUSTICE AND THEIR
INCONVENTIONALITY: ANALYSIS FROM THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*

Paula Carolina Araújo da Silva

*Pós-graduanda em Direito Médico pelo Centro de Ensino Renata Saraiva
Advogada*

paula.caroliina@gmail.com

João Thomas Luchsinger

*Especialista em Direito Militar
Professor Decano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas
Defensor Público Federal*

jthomasam@gmail.com

RESUMO

O presente artigo abordará a alteração da competência da Justiça Militar da União (JMU) em julgar civis, como forma de obstáculo para a obediência aos ditames do Pacto de San José de Costa Rica – Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A pesquisa será direcionada às garantias constitucionais do juiz natural, devido ao processo legal e à contradição imposta pela Lei 13.491/17. Dentre elas, destaca-se, pela lesividade, a de não submeter civis à jurisdição militar e, ainda, o direito a ser julgado por um tribunal competente e imparcial. O artigo conterà análise dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão regional de defesa de direitos humanos, assim como analisará os impactos da ampliação da competência da Justiça Militar.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Penal. Garantias. Convencionalidade. Militar.

ABSTRACT

This course will address the amendment of the competence of the Military Justice of the Union (JMU) to try civilians as a form of obstacle to compliance with the dictates of the Pact of San José de Costa Rica - Inter-American Convention on Human Rights. The research will be directed to the constitutional guarantees of the natural judge, due to the legal process and the contradiction imposed by Law 13.491/17. Among them, it is highlighted by the lesivity, that of not subjecting civilians to military jurisdiction, and also, the right to be trial by a competent and impartial tribunal. The monograph will contain jurisprudential analysis of the judgments of the Inter-American Court of Human Rights, a regional human rights body, as well as analyze the impacts of the expansion of the competence of the Military Justice.

Keywords: Human rights. Criminal. Guarantees. Conventionality. Military.

Data de submissão: 10/12/2018

Data de aceitação: 13/11/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO: PRINCÍPIOS BASILARES E CRIMES MILITARES 1.1. Princípios basilares: hierarquia e disciplina 1.2. Dos crimes militares próprios e impróprios 2. A LEI 13.491/2017 E SUA INCONVENCIONALIDADE COM OS DITAMES DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL 2.1 O controle de convencionalidade na jurisprudência da corte interamericana 2.2 A lei 13.491/2017 e sua (in)compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objeto o estudo dos efeitos ocasionados pela ampliação da competência da Justiça Militar, principalmente no que se refere ao trato com civis, uma vez que estes não se submetem a essa justiça especializada e nem mesmo aos princípios basilares da caserna: hierarquia e disciplina, garantidos, inclusive, na Constituição Federal, no dispositivo 142, *caput*. O Estatuto dos Militares tenta conceituá-los.¹

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

A problemática gira em torno das garantias constitucionais do juiz natural, devido ao processo legal e à contradição imposta pela Lei 13.491/17², uma vez que esta não só ampliou a competência militar, mas suprimiu garantias constitucionais reconhecidas internacionalmente. Dentre elas, destaca-se, pela lesividade, a de não submeter civis à jurisdição militar e, **ainda, o direito a ser julgado por um tribunal competente e imparcial.**

A relevância temática é evidenciada pelo enfoque que a Justiça Militar da União ganhou após a corrida presidencial de 2018, bem como pelo alargamento de crimes militares ser fator preocupante, uma vez que aparenta não mais definir o crime militar pela lesividade à Administração Militar, mas pelos agentes envolvidos, sejam vítimas ou autores.

O objetivo deste artigo é analisar, sob a ótica internacional, penal e humanitária, a possibilidade da Lei 13.491/17 suprimir direitos fundamentais, assegurados por tratados internacionais dos quais o Brasil seja país membro. O artigo objetiva, ainda, analisar a possível responsabilização internacional do Estado brasileiro ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, analisar-se-á, primeiramente, o conceito de crimes militares antes e após a vigência da Lei 13.491/17. Em seguida, analisar-se-á essa inovação legislativa no panorama internacional, fazendo uma contraposição com o controle de convencionalidade, abordando o tema a partir da evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Logo após, as hipóteses serão expostas, criticamente, avaliando-se o que a modificação do art. 9º do Código Penal Militar implica no ordenamento jurídico interno e se a Lei 13.491/17 é contrária ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, acerca das técnicas de investigação, adotou-se o enfoque teórico, com um estudo normativo jurídico, e os enfoques práticos de estudo de casos e da pesquisa-ação. O estudo normativo jurídico objetivou conhecer os grandes preceitos e princípios informadores do processo penal democrático, demandando um conhecimento sistemático do ordenamento jurídico do país, possibilitando argumentar e sustentar as posições e interpretações propostas.

1. JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO: PRINCÍPIOS BASILARES E CRIMES MILITARES

Neste tópico, serão apresentados os princípios de hierarquia e disciplina, os quais estão como base onde foi fundada a JMU para a compreensão da ingerência destes princípios na vida castrense. Em sequência, será apresentado o conceito de crimes militares antes e após a reforma legislativa, tudo com o fito de avaliar o impacto da alteração para, então, estudar a jurisprudência internacional, o que será feito no tópico 2.

² BRASIL. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.

1.1 Princípios basilares: hierarquia e disciplina

A Justiça Militar existe, em nosso ordenamento jurídico, como uma espécie de justiça especializada para processar e julgar crimes militares previstos em lei. A Constituição Federal, do seu art. 122 ao 124, define a competência dos tribunais e juízes militares para processarem e julgarem os crimes militares definidos em lei.^{3,4}

Diante disso, tem-se o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, criando o Código Penal Militar, e ainda o Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, que trouxe à tona o Código de Processo Penal Militar.^{5,6}

A forma de organização da Justiça Militar, e mesmo todo o seu trâmite, sempre ficou à margem do resto do ordenamento jurídico, sendo, inclusive, escasso o material acadêmico acerca do assunto. Entretanto, no mês de outubro de 2017, a Justiça Militar teve toda atenção voltada para seu processo penal, quando foi publicada a Lei nº 13.491/17, que define a ampliação da competência da JMU.⁷

Os princípios de hierarquia e disciplina são tidos como os basilares para a Organização Militar, e não poderia ser de outra forma, pois trata-se de uma organização que tem como principal objetivo a proteção da soberania do Estado. Dito isso, como seria o trato de um batalhão militar, caso não houvesse o poder coercitivo da disciplina e da hierarquia?⁸

Conforme leitura simples do art. 142 da Constituição,⁹ percebe-se que nossa Carta Magna se limitou a citar os dois princípios, sem, no entanto, descrevê-los, o que dificulta o entendimento do que seria a hierarquia e a disciplina para um militar. Para tanto, observa-se:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, **organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República**, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (grifo nosso).¹⁰

Não sendo capaz de descrever o que seriam tais institutos, a vez foi passada ao Estatuto dos Militares. O legislador tentou, mas nem de longe conseguiu esgotar o conceito dos princípios. A Lei 6.880 (Estatuto dos Militares) destina seu Capítulo III para discorrer sobre os institutos mencionados, tratando deles em seu art. 14:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das

³ ARAS, V. *As novas competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017*, 2017.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

⁵ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969.

⁶ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.002*, de 21 de outubro de 1969.

⁷ ARAS, V. *As novas competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017*, 2017.

⁸ NEVES, C. R. C. *Manual de Direito Penal Militar*, 2012, p. 43.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. [...]

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar [...]

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformado (grifo nosso).¹¹

Da leitura do artigo acima é possível perceber que a hierarquia se baseia no poder de autoridade exercido nas jurisdições militares, ou seja, o dever que um militar tem de observar, acatar e respeitar ordens proferidas por seu superior, seja ele imediato ou qualquer outro que tenha patente superior.

Quanto à disciplina, pela leitura do art. 14, percebe-se que está ligada muito mais à obediência e observância do disposto em lei. Aqui é válido ressaltar que seria lei em *latu sensu*, ou seja, incluídos também os regulamentos disciplinares, portarias e normas feitas pela própria Administração Militar.¹²

Vendo dessa forma, poderia crer-se que tais institutos seriam de bom grado, caso aplicados ao mundo civil, mas a realidade transcende o mero dever formal de obediência e respeito. Tal conclusão deve-se muito ao fato de a serventia à pátria estar intrinsecamente ligada a isolamento, saudade de casa e companheirismo de guerra. Por isso tais princípios são basilares, pois motivam muito mais do que uma mera obediência, mas, sim, um respeito a uma instituição que não só garante a sobrevivência do Estado como também gera uma sensação de pertencimento a algo muito maior. Isso faz com que militares vejam de forma muito mais gravosa o simples fato de uma “resposta atravessada” ou mesmo uma ordem não atendida.¹³

Traçado o núcleo do princípio hierárquico, é natural, para a execução de todo planejamento estratégico de ações de Forças Armadas, a existência de gestão coordenada do contingente militar. Quanto à disciplina, Leirner¹⁴ descreve-a como “irmã siamesa” da hierarquia e, conforme observação de Assis,¹⁵ é necessário a disciplina espontânea, inspirada no sentimento do dever militar.

Somente no parágrafo acima é perceptível que em nenhum momento falou-se em disciplina cível, ou seja, em nenhum momento foi citada disciplina com afazeres e metas diárias, e sim

¹¹ BRASIL. **Lei nº 6.880**, de 9 de dezembro de 1980.

¹² BRASIL. **Lei nº 6.880**, de 9 de dezembro de 1980.

¹³ ROTH, R. J. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**, 2003, p. 24.

¹⁴ LEIRNER, P. C. **Meia-volta volver: um estudo antropológico sobre a hierarquia militar**, 1997, p. 106.

¹⁵ ASSIS, J. C. **Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo**, 2012, p. 93-98.

no mais puro sentimento servil, que somente os militares estariam aptos a perceber.

Dito isso, não é necessário alongar nesse tópico, pois a disciplina é vivida de forma singular pelos militares, que a encaram como algo sem a qual não haveria respeito recíproco e sem a qual a Administração Militar perderia totalmente sua essência. O Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002,¹⁶ em seus art. 3º e 4º, faz menção a “princípios gerais do regulamento”, que se entende como ponto fundamental de uma acertada acepção do que seriam “princípios gerais da disciplina militar”. Debrucemo-nos sob a norma:

Art. 3º - A camaradagem é indispensável à formação e **ao convívio da família militar**, contribuindo para as melhores relações sociais entre os militares.

[...]

Art. 4º - A civilidade, sendo parte da educação militar, é de interesse vital para a disciplina consciente.

[...]

§2º - **O subordinado é obrigado a todas as provas de respeito e deferência com seus superiores hierárquicos** (grifo nosso).¹⁷

Supracitado, fica cristalino que a disciplina aqui elencada de modo algum pode ser vivenciada ou mesmo entendida no âmbito cível. Dessa forma, sabe-se que, ao confrontar um civil com tal princípio, é impossível precisar que este tenha total consciência da potencial ilicitude de insurgir-se contra uma disciplina que somente pode ser vivenciada em ambiente castrense. Nesse ponto, é interessante citar que sentimentos como a camaradagem e, ainda, a familiaridade, são despertados unicamente pelo “coleguismo de farda” e pela vivência adquirida na caserna. Conforme define Silvestre:

Fato é que a adequação do indivíduo ao fundamental “espírito de corpo” das tropas decorre do exercício da Camaradagem e, o enquadramento daquele perante as normas e as autoridades, da Civilidade. E, analogicamente, os conceitos de Ordem Unida, Camaradagem seria o “alinhamento” e Civilidade, a “cobertura”, que permitem, respectivamente, ‘marchar ombro a ombro’ com o círculo hierárquico e ‘enfileirar-se’ à ‘retaguarda’ dos superiores hierárquicos e ‘à frente’ dos subordinados, permitindo o fluxo da Estratégia pelas ações de comandar e/ou obedecer.¹⁸

Dessa forma, concluindo o presente tópico, parece nítido que, ao primeiro olhar, os princípios sejam simples ordenamentos regulamentares, mas não se pode deixar ludibriar, pois trata-se de algo que transcende os verbos “obedecer” e “servir”.

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

¹⁸ SILVESTRE, L. Ontologia dos Militares: a organização com base na hierarquia e na disciplina, 2016, p. 50.

1.2 Dos crimes militares próprios e impróprios

A Justiça Militar existe, em nosso ordenamento jurídico, como uma espécie de justiça especializada para processar e julgar crimes militares previstos em lei. A Constituição Federal, em seus arts. 122 a 124, define a competência dos tribunais e juízes militares para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Diante disso, tem-se o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, criando o Código Penal Militar, e ainda o Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, que trouxe à tona o Código de Processo Penal Militar.^{19,20,21}

Dito isso, anteriormente à Lei 13.491/2017 eram definidos, de forma clara, o que seriam crimes militares próprios e impróprios. Quanto aos primeiros, estes seriam os crimes cometidos por militares e que estariam previstos exclusivamente no Código Penal Militar e/ou por ele regulamentados. E os crimes impróprios seriam os que, embora previstos no CPM, também são previstos na legislação penal comum, mas que quando praticados em certas circunstâncias atraem a competência da justiça militar.²²

Até setembro de 2017, estes crimes estavam dispostos no art. 9º do Código Penal Militar, sendo prevista a incidência dos crimes militares impróprios no art. 9º, II e suas alíneas. Após a alteração, promovida pela Lei 13.491/2017, a nova redação do art. 9º apresenta duas grandes alterações.²³ Para elucidar a questão, apresenta-se um quadro comparativo, para a total compreensão dos crimes militares, antes e após a lei nº 13.491/2017, e as duas principais alterações que o Código Penal Militar sofreu:

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

²⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969.

²¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 1.002**, de 21 de outubro de 1969.

²² BRASIL. **Lei nº 13.491**, de 13 de outubro de 2017.

²³ BRASIL. **Lei nº 13.491**, de 13 de outubro de 2017.

**Quadro 1 – Quadro comparativo das alterações trazidas
pela Lei nº 13.491/17 na redação do Art. 9º do CPM**

| REDAÇÃO ANTERIOR | REDAÇÃO ATUAL |
|--|--|
| II – Os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: | II – Os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: |
| Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. | <p>§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.</p> <p>§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.</p> |
| CRIMES EXTRAVAGANTEMENTE MILITARES | <p>a) Todos os crimes previstos na Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940²⁴;</p> <p>b) Todos os crimes previstos em TODA a legislação penal especial vigente.</p> |

Fonte: elaborada pela autora, com base na lei nº 13.491/17.²⁵

Ante o corroborado, é perceptível que, após a ampliação da competência da JMU, qualquer crime previsto, tanto no Código Penal Militar como no Código Penal Brasileiro, pode ser considerado militar, desde que cometido dentro dos parâmetros dispostos nas

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.

alíneas dos incisos II e III, do art. 9º do CPM. Mas, qual a real problemática de tudo isso? Simplória e preocupante é a resposta: o núcleo do problema está nos tipos penais abertos, que foram criados com a nova legislação militar, pois depreende-se da leitura que qualquer crime do Código Penal Brasileiro – CPB pode ser objeto de julgamento militar. Para isso, basta ser o agente militar ou as condições do crime afetarem a “administração militar”.²⁶

Entretanto, apresentam-se algumas questões: como um crime de infanticídio, aborto (conduta, erroneamente, ainda criminalizada) ou ainda incitação ao suicídio pode afetar a Administração Militar (é válido ressaltar que tais crimes podem ser considerados militares, mesmo que praticados fora de circunscrição militar)? Qual a finalidade da JMU? O Direito Penal não seria a *ultima ratio*? Para tanto, deve-se analisar a finalidade do Direito Militar.

De acordo com Neves, o Direito Militar está como um conjunto de normas jurídicas, as quais têm como objeto a determinação de sanções penais e suas medidas coercitivas, que atinjam os bens jurídicos protegidos pelas Forças Militares. O autor cita, inclusive, que, quanto aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Militar, incluem-se, entre outros, a hierarquia e a disciplina.²⁷

Seja qual for o bem jurídico tutelado, este sempre terá uma relação direta com o funcionamento e respeito às instituições militares. Ou seja, ainda que tutelado pelo Direito Comum, caso agrida a instituição militar, a competência será atraída para a JMU, sendo necessária uma análise profunda.

Em se tratando de uma justiça especializada, o caminho é o desaparecimento da referida justiça. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou, no sentido de que a Justiça Militar deve ser mantida a militares da ativa e deve ter seu funcionamento reduzido em tempos de paz. Deliberou, ainda, que sua funcionalidade somente deve ser aceita, em totalidade, em tempos de guerra. Melhor dizendo, em tempos de paz deve-se restringir a JMU ao simples funcionamento daqueles órgãos que sejam indispensáveis à salvaguarda da soberania nacional. A não observância de tais componentes gera consequências no âmbito internacional, que serão dissertadas no próximo tópico do presente trabalho.²⁸

2. A LEI Nº 13.491/2017 E SUA INCONVENCIONALIDADE COM OS DITAMES DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Neste tópico, o objetivo é fazer uma análise da legislação interna, qual seja, da Lei 13.491/17, com os ditames internacionais de garantia de direitos humanos. De modo mais particular, examina-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o sistema regional do qual o Brasil é sujeito. Para tanto, analisa-se o “controle de convencionalidade”,

²⁶ BRASIL. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.

²⁷ NEVES, C. R. C. **Manual de Direito Penal Militar**, 2012, p. 43.

²⁸ CtIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**, de 26 de setembro de 2006.

através da jurisprudência da Corte, e também se realiza uma análise comparativa da Lei 13.491/17 com os artigos da CADH.²⁹

2.1 O controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem, como órgãos principais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é uma instituição judicial autônoma do sistema interamericano, que tem como objetivo aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), podendo, também, no exercício da sua competência consultiva, expandir a atividade interpretativa para outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos estados americanos.³⁰

A Emenda Constitucional 45/04 acrescentou o §3º do art. 5º da CRFB e trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados por um quórum qualificado, a fim de que os referidos tratados sejam material e formalmente constitucionais e assim recebam o *status* de “emendas constitucionais”.³¹

O controle de convencionalidade foi apresentado como uma forma de aferir a compatibilidade de uma norma interna com norma internacional firmada pela CADH. O conceito do instituto tem se dado como uma construção da Corte IDH, com o fim de garantir a proteção internacional dos direitos humanos e, principalmente, o cumprimento de suas sentenças pelos estados membros.³²

Para Rey³³, o controle de convencionalidade deve ser definido como uma instituição, que é utilizada para aplicar o Direito Internacional e, especificamente, a Convenção Americana. De acordo com Mazzuoli, o controle de convencionalidade se dá com a (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país.³⁴

A Corte Interamericana, desde o início de suas atividades, presta-se ao papel de fiscalizar a adequação das leis dos países-membros com seus tratados, entretanto somente em 2006 surgiu o termo “*control de convencionalidade*”, com o caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*.³⁵

No presente caso, a CtIDH entendeu que o controle de convencionalidade não é um instrumento a ser utilizado pelo tribunal internacional, mas que podem, também, os juízes e tribunais internos, realizar o exame de compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana, levando em conta não só a legislação seca da Convenção, mas

²⁹ BRASIL. **Lei nº 13.491**, de 13 de outubro de 2017.

³⁰ CtIDH. **Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, 2018.

³¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004.

³² MAZZUOLI, V. O. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, 2013, p. 40.

³³ REY, S. A. **Manual de Derecho Internacional de Los Derechos Humanos: Parte General**, 2016, p. 167.

³⁴ MAZZUOLI, V. O. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, 2013, p. 45.

³⁵ CtIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**, de 26 de setembro de 2006.

também observando qual a interpretação da Corte sobre o assunto.

Além da base principiológica, os arts. 1.1 e 2 da CADH asseveram, respectivamente, as obrigações negativas e positivas do Estado. Compreendendo a negativa, no dever de respeitar os direitos e liberdades garantidos pelos instrumentos de direitos humanos, e a positiva – a que é o foco da questão – que é o dever de adequar o direito interno às normas da Convenção e de criar normas/mecanismos que assegurem direitos que ainda não estejam **materialmente garantidos**:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 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** (grifo nosso).³⁶

No art. 2, é possível observar que o controle de convencionalidade sempre esteve implícito na CADH e explica toda a hipótese desse projeto, uma vez que o Estado brasileiro se contrapõe totalmente ao pactuado no Direito Internacional.

Outro ponto importante foi definido no caso *Almonacid Arellano vs Chile*, em que a Corte definiu que os juízes e tribunais internos apresentam a obrigação de procederem o exame de compatibilidade das leis domésticas com a Convenção *ex officio*, ou seja, sem que haja provocação das partes, o que pode ser denominado como controle difuso de convencionalidade.³⁷

Logo, o controle de convencionalidade possui dois aspectos: o controle que deve ser feito ainda na jurisdição interna, como o controle de concentrado, aquele feito pela Corte IDH; e o que levanta a questão que, caso observado o controle interno, o estado membro não seja levado a julgamento pela Corte, visto o princípio da subsidiariedade da Corte Interamericana (art. 47, item “b”, CADH).³⁸

No caso *Gómez Palomino vs. Peru*, a Corte definiu que qualquer tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade e não somente a Convenção.

³⁶ CADH. **Pacto de São José da Costa Rica**, de 22 de novembro de 1969.

³⁷ CtIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**, de 26 de setembro de 2006.

³⁸ CADH. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2009.

No caso citado, a Corte, pela primeira vez, fez controle de convencionalidade pela Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas.³⁹ Mazzuoli definiu os tratados de direitos humanos como “bloco de convencionalidade”, pois os direitos previstos nesses tratados formam um *corpus juris* de direitos humanos, que devem ser observados pelos Estados.⁴⁰

Sendo assim, apesar de escritores como Sagués⁴¹, que define o controle como uma ferramenta que pode trazer sérias restrições à soberania do Estado, citando, inclusive, Jean Bodin⁴² e reforçando a ideia de um poder absoluto, fica claro que a competência da CtIDH somente é atraída após todo o trâmite interno do Estado ser ineficaz na garantia de direitos humanos.

A jurisprudência da Corte seguiu amadurecendo o conceito de controle e, em casos como *La Cantuta vs Perú*⁴³ *Boyce y outros vs Barbados*⁴⁴ e *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*,⁴⁵ ela adicionou o seguinte:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes estão sujeitos a ele, o que obriga-o a assegurar que o efeito útil da Convenção não seja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições; e fim. **Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não apenas um controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade, ex officio, entre as normas internas e a Convenção Americana**, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos respectivos regulamentos processuais. Esta função não deve ser limitada exclusivamente pelas declarações ou atos dos acionantes em cada caso concreto, ainda que não implique que este controle deva ser sempre exercido, sem considerar outras hipóteses formais e materiais de admissibilidade e origem deste tipo de ações (tradução livre) (grifo nosso).⁴⁶

Conforme o destacado, a Corte buscou não interferir no protagonismo do Estado, con-

³⁹ CtIDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*, de 22 de novembro de 2005.

⁴⁰ MAZZUOLI, V. O. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 2013, p. 100.

⁴¹ SAGUÉS, N. P. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, 2011, p. 118.

⁴² SAGUÉS, N. P. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, 2011, p. 119.

⁴³ CtIDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*, de 29 de novembro de 2006.

⁴⁴ CtIDH. *Caso Boyce y otros vs Barbados*, de 2 de novembro de 2007.

⁴⁵ CtIDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Peru*, de 24 de novembro de 2006.

⁴⁶ Texto Original: “*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesal espertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones*”.

ferindo o poder de fazer o controle de convencionalidade internamente, evitando, assim, que a Corte seja acionada, resolvendo internamente a questão. Nessa mesma linha, no caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname*⁴⁷, é assinalado que a Convenção Americana não impõe um protocolo específico para realizar o controle de convencionalidade, ou seja, mais importante que a formalidade do ato é a eficácia material do controle e ainda os órgãos que resolvem a controvérsia de forma interna.⁴⁸

Supracitado, o aparato jurisprudencial da Corte apresenta conceito constante e que tem sua evolução voltada apenas para que possa ser flexibilizado o controle de convencionalidade, para que todo juiz e tribunal possa fazê-lo de forma eficaz. Um exemplo de controle de convencionalidade feito pelo Brasil foi no caso do crime de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal Brasileiro, em que o Superior Tribunal de Justiça, através de sua quinta turma, decidiu pela inconvenção do crime de desacato:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. [...] 6. **Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, “no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.”** [...] 11. **A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos [...]** (grifo nosso).⁴⁹

No mesmo julgado, destaca-se:

[...] 14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, **por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu**

⁴⁷ CtIDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname*, de 30 de janeiro de 2014.

⁴⁸ MAZZUOLI, V. O. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 2013, p. 98.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 2016/0032106-0* SP, 2016.

a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato [...] (grifo nosso).⁵⁰

Além do descrito, tem-se o seguinte julgado, da Terceira Turma do STJ, que tempos depois decidiu contrário ao disposto pela Quinta Turma, definindo que as decisões da CtI-DH têm caráter meramente consultivo, não obrigatório e, para tanto, a decisão expressa o protagonismo dos estados membros quando exercem o controle difuso de convencionalidade, sendo destes a soberania:

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...] 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. **Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, “compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.”** 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade verti-

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 13.491**, de 13 de outubro de 2017.

cal material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena [...] (grifo nosso).⁵¹

A inconstância do STJ força o STF a manifestar-se sobre o tema, momento que se espera a padronização da jurisprudência. Entretanto, a nível acadêmico, as decisões acima expostas evidenciam os obstáculos encontrados para a efetivação, não somente dos direitos humanos, mas também das sentenças e instruções da Corte Interamericana, sendo encontrados ainda mais obstáculos para o exame de compatibilidade de leis já existentes.

2.2 A lei 13.491/2017 e sua (in)compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos

O ponto crucial da Lei 13.491 está ligado ao devido processo legal, mais precisamente ao juiz natural para julgamento de crimes militares. Sendo assim, superada a análise dos arts. 1.1 e 2 do instrumento, o art. 8º será desmembrado, para que possam ser estudadas suas particularidades em contraponto à Lei 13.491.

O art. 8º da CADH cita que todo acusado tem o direito de ser processado e julgado por um tribunal competente, independente e imparcial.⁵² Gomes assinala que todas as garantias abarcadas pelo artigo 8º da Convenção fazem parte do princípio do devido processo legal. Cada item do artigo reflete uma garantia que está pacificada.⁵³ Diante da alteração legislativa acontecer na competência das cortes militares para julgamento de civis, este tópico se aterá ao 8º, item 1 da CADH:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (grifo nosso).⁵⁴

O item traz, em seu bojo, dois ditames do devido processo legal: a) prazo razoável; b) juiz natural. O prazo razoável diz respeito à celeridade processual, ou seja, o Estado deve

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 379.269 Mato Grosso do Sul**, 2017.

⁵² CADH. **Pacto de São José da Costa Rica**, de 22 de novembro de 1969.

⁵³ GOMES, L. F. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**, 2013, p. 31.

⁵⁴ CADH. **Pacto de São José da Costa Rica**, de 22 de novembro de 1969.

proporcionar os meios cabíveis e possíveis para que o processo se resolva de forma rápida e eficaz, sendo este ponto analisado sempre em consonância com as peculiaridades do caso concreto. A Corte suscitou tais pontos no caso *La Cantuta vs Perú*.⁵⁵

Quanto ao juiz competente, este trata do princípio do juiz natural, que consiste em juiz ou tribunal, previamente definidos, que julgarão o caso na medida de sua jurisdição. Assim, a violação ao princípio do juiz natural macula todo o processo, pois, a partir da inobservância, ainda que todo o processo siga seu curso, este já estará nulo. A figura do juiz natural tornou-se um dos pontos mais batidos pela Corte, visto todas as ditaduras que a América Latina já vivenciou e sendo de suma importância a definição do julgador, para, depois, aferir a violação. O Brasil reconhece tal princípio, no art. 5º, LIII da Constituição Federal.⁵⁶

Apesar de não expresso no art. 8.1 e de a Constituição somente fazer menção à proibição de tribunais de exceção, o paradigma da questão está na jurisprudência da Corte, quando esta define que civis não devem ser submetidos a tribunais militares.

Em *Palamara Iribarne vs Chile*⁵⁷, a Corte delimitou a competência da jurisdição penal militar restritiva à proteção de interesses jurídicos especiais vinculados às funções que a lei atribui às forças militares, motivo pelo qual só se pode julgar militares pela prática de crimes e faltas que, por sua própria natureza, atentem contra bens jurídicos próprios de ordem militar.

Contrário a isso, a previsão legal de civis serem submetidos às Cortes militares encontra-se no art. 9º do Código Penal Militar (doravante CPM): “art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: [...] III- **os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil**, contra as instituições militares” (grifo nosso).⁵⁸ O entendimento do Superior Tribunal Militar é que deve ser observada a intenção do agente civil, para definir se o crime terá natureza comum ou será considerado militar. Em caso de afronta à instituição militar, o crime será dirigido para a justiça especializada.

Apesar de, primeiramente, não ser visível o problema de levar um civil a uma Corte militar, é necessário avaliar que existem princípios basilares para o devido processo legal; novamente, o princípio do juiz natural. A prerrogativa que define por qual juízo um indivíduo será processado é a natureza da ação e, ainda, a posição do agente. É possível analisar pelo art. 9º do CPM que o requisito para ser submetido à Corte militar é ser o **indivíduo militar**.

Atenção neste ponto para o caso *Arguelles y otros vs. Argentina*⁵⁹, em que a Corte assinala:

A Corte estabeleceu que, em um Estado democrático de direito, tal jurisdição [militar] deve ser restritiva e expedita de uma maneira que se aplique somente à proteção de direitos jurídicos especiais, de caráter militar, e que tenham sido violados por membros das forças armadas. Militares no exercício de suas funções. (tradução

⁵⁵ CtIDH. **Caso La Cantuta Vs. Perú**, de 29 de novembro de 2006.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

⁵⁷ CtIDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**, de 22 de novembro de 2005.

⁵⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969.

⁵⁹ CtIDH. **Caso Arguelles y otros Vs. Argentina**, de 20 de novembro de 2014.

livre, CtIDH, 2014).⁶⁰

Em contrapartida a isso, tem-se a ampliação da competência da Justiça Militar, mesmo após anos de jurisprudência da Corte Interamericana em sentido contrário. O ordenamento brasileiro resolveu ignorar o Pacto de San José da Costa Rica (1969) e aplicar tal legislação sem efetuar o controle de convencionalidade.

Nesse ponto, existe também uma afronta aos princípios de boa-fé e *pacta sunt servanda*, os quais regem os tratados internacionais. Ou seja, quando o estado membro assina determinado tratado, está automaticamente submetendo-se aos ditames daquele instrumento e, principalmente, comprometendo-se a não adotar direito interno que o contrarie.

Com a lei 13.491/17, o Brasil adotou uma política de presença permanente da Justiça Militar da União, mantendo seu funcionamento e, principalmente, julgamentos de civis e militares em tempo de paz, o que, mais uma vez, vai contra o que é asseverado na jurisprudência da Corte. Em síntese, no *Caso Cesti Hurtado vs Perú*,⁶¹ a CtIDH define que, caso o Estado julgue necessária a existência de uma jurisdição penal militar, esta deve limitar-se ao julgamento de crimes de função, cometidos por militares em serviço ativo; entendendo, portanto, que em nenhuma circunstância um civil pode ser julgado pelos tribunais militares, ainda que se trate de militar aposentado.^{62,63}

Não se trata de uma questão apenas de julgar civis, mas sim da insegurança jurídica e, ainda, de submeter civis a parâmetros militares que os mesmos desconhecem. Sobre o assunto, novamente, o *Palamara Iribarne vs. Chile*⁶⁴ assevera que a jurisdição militar, em um Estado Democrático de Direito, em tempos de paz, deve ser reduzida e, se possível, desaparecer. Mas, caso o Estado a conserve, deve ser em seu mínimo e fundada em princípios e garantias de Direito Penal moderno.

Fazendo um rápido controle de convencionalidade com a dinâmica exposta, o art. 9º do Código Penal Militar, quando traz em seus incisos a previsão de julgamento de civis e militares (ativos ou inativos), viola o art. 8.1 da CADH, pois não observa o devido processo legal quando atrai a jurisdição militar para matérias que não afetam diretamente a administração militar, ultrapassando seu caráter restritivo e excepcional.

Frisa-se que a mera existência de tribunais militares não fere a Convenção. O instrumento só é violado a partir da submissão de civis a juízo militar. A Corte citou a permanência de tribunais militares e sua manutenção no *Caso Durand y Ugart vs Perú*.⁶⁵

⁶⁰ Texto Original: “*La Corte ha establecido que em um Estado democrático de Derecho, dicha jurisdicción [militar] ha de ser restrictiva y excepcional de manera que se aplique únicamente em la protección de bienes jurídicos especiales, de carácter castrense, y que hayan sido vulnerados por miembros de las fuerzas militares en el ejercicio de sus funciones*”.

⁶¹ Corte IDH. **Caso Cesti Hurtado Vs. Perú**, de 29 de setembro de 1999.

⁶² PAIVA, C.; HEEMANN, T. A. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**, 2015, p. 208.

⁶³ BRASIL. **Lei nº 13.491**, de 13 de outubro de 2017.

⁶⁴ CtIDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**, de 22 de novembro de 2005.

⁶⁵ CtIDH. **Caso Durand y Ugarte Vs. Perú**, 16 de agosto de 2000.

Além da questão de competência, tem-se, também, a imparcialidade do juiz, que é justamente ser um terceiro que não tem interesse nenhum no resultado útil do processo com o julgador. Colocando-se um juiz militar para julgamento de civis em tempo de paz, não é possível vislumbrar a imparcialidade deste, visto que, não raro, o responsável pelo inquérito policial militar é o próprio “ofendido”, ou então é um superior hierárquico imediato, com interesse de ver-se respeitado ante a tropa.

Logo, ao colocar-se um juiz militar, ou melhor, um colegiado militar, para julgar um civil, não existe imparcialidade material, pois todos ali têm o interesse de submeter o civil aos ordenamentos militares. Ressalta-se que a imparcialidade, ou qualquer outro mecanismo do devido processo legal, deve ser ofertada de forma material. Ou seja, o Estado não deve somente prever legislativamente aquele mecanismo, deve, também, fornecer os meios necessários para que aquela garantia seja assegurada de forma válida e não meramente ilusória.

Tendo em vista que os julgamentos em Cortes militares, na maioria das vezes, têm o Direito Penal ditado pelo julgador e não pelo Código e que, ainda que todo o processo corra dentro da regularidade, com o desvio de competência errôneo trazido pela Lei 13.491/17, pode-se afirmar que o Brasil está sujeito a novas condenações internacionais. Uma vez que a CtIDH possui sólido aparato jurisprudencial, em sentido totalmente diverso do que a Lei propõe, ainda é mais temeroso quando se lembra que o Brasil já foi condenado pela Corte em quatro oportunidades, sendo uma delas no caso *Gomes Lund vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*, pelas atrocidades cometidas no regime de ditadura militar e ainda pela inércia estatal em punir os máximos responsáveis.^{66,67}

Ante o exposto, fica evidente que a alteração legislativa traz um protagonismo indesejado para a Justiça Militar, visto que a justiça especializada deveria ser organizada e estruturada, para que se restrinja unicamente a militares ativos nas Forças Armadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do artigo foi verificar se a modificação legislativa, ocorrida em outubro do ano de 2017, para ampliar a competência da JMU, viola ou não princípios constitucionais, em especial o do juiz natural e o do devido processo legal, e também se suprimiu garantias constitucionais reconhecidas internacionalmente.

O objetivo foi analisar, sob a ótica internacional, penal e humanitária, a possibilidade de a Lei 13.491/17 suprimir direitos fundamentais, assegurados por tratados internacionais dos quais o Brasil seja estado membro. E, ainda, a possível responsabilização internacional do Estado brasileiro ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.

⁶⁷ CtIDH. Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, de 24 de novembro de 2010.

O trabalho apresentou dois tópicos. No primeiro capítulo, analisou-se, de maneira sucinta, o conceito dos crimes militares. Compreendida a alteração legislativa, no segundo capítulo apresentou-se e conceituou-se o controle de convencionalidade, segundo a baliza da CtIDH, e as modalidades do controle. Ressaltou-se a importância de que os juízes internos façam o controle de convencionalidade difuso, para deixar a Corte Interamericana com aspecto subsidiário.

Com o estudo da alteração legislativa, pode-se observar que os crimes militares se tornaram muito abrangentes, trazendo uma séria insegurança jurídica. Observa-se que, somente pela vigência da Lei 13.491/2017, existe a violação ao princípio do juiz natural, uma vez que o juiz militar não é o juiz natural para julgamento de civis, ainda que estes pratiquem crimes contra militares, conforme amplamente difundido na jurisprudência da Corte Interamericana.

Ao fim do segundo tópico, conclui-se que, apesar do trâmite interno da Lei 13.491/17 ter respeitado todo o ordenamento jurídico brasileiro, a lei rema contra a corrente jurisprudencial e doutrinária dominante na sociedade internacional. Coloca o Brasil em um possível novo julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois, conforme o analisado, é latente a violação ao art. 8º c/c 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Insta salientar que todo o estudo fora realizado sob a égide dos direitos humanos e instrumentos regionais. A insegurança jurídica sustentada é vista pela submissão de civis à Justiça Militar, ainda que exista jurisprudência internacional que determine o não cabimento de julgamento de civis em cortes militares em tempos de paz.

A inconveniência da Lei 13.491/17 se dá, justamente, por atrair mais crimes para a competência militar, bem como por permitir que civis sejam processados perante o colegiado e/ou juiz-auditor na JMU, ainda que o crime não demonstre lesão à organização e ao bom funcionamento da JMU.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **As novas competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017**. 18 out. 2017. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2017/10/18/as-novas-competencias-da-justica-militar-apos-a-lei-13-4912017/>>. Acesso em: 15 out. 2019.

ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Dis-

ponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002**. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Região). **Recurso Especial nº 2016/0032106-0 São Paulo**. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. 1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.1013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como roubo [...]. 5ª turma. Recorrente: Alex Carlos Gomes. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424970279/recurso-especial-resp-1640084-sp-2016-0032106-0?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª turma). **Habeas Corpus nº 379.269 Mato Grosso do Sul**. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado [...]. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro

Reynaldo Soares da Fonseca, 30 de junho de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3/inteiro-teor-474450262?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. **Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017**. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH). **Pacto de São José da Costa Rica**. 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 14 set. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH). **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 13 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.cidh.org/basicos/portugues/u.regulamento.cidh.htm>>. Acesso em: 14 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Cesti Hurtado Vs. Perú**. 29 set. 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Durand y Ugarte Vs. Perú**. 16 ago. 2000. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Gómez Palomino vs. Peru**. 22 nov. 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. 22 nov. 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. 26 set. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Peru**. 24 nov. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso La Cantuta Vs. Perú**. 29 nov. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Boyce y otros vs Barbados**. 2 nov. 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname**. 30 jan. 2014. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Caso Argüelles y otros Vs. Argentina**. 20 nov. 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). **Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. San José: A Corte, 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2017.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEIRNER, Piero de Camargo. **Meia-volta volver: um estudo antropológico sobre a hierarquia militar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1997.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 4.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

REY, Sebastián A. **Manual de Derecho Internacional de Los Derechos Humanos: Parte General**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016.

ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, v. 8, n. 1, p. 271-292, 2011. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/28053-11.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

SILVESTRE, Lucas Alexandre Cardoso. Ontologia dos Militares: a organização com base na hierarquia e na disciplina. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, n. 121, set./dez. 2016. Disponível em: <http://files.revista-academica-online.webnode.com/200000221-4b5564c51f/Materia_1_Ten_Lucas%20Alexandre20170111_16151032.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

THE NEW MIGRATION LAW IN BRAZILIAN SOCIETY

Carlos Alberto Leite

*Mestre em Políticas Públicas e em Direitos Humanos pela
Universidade Federal do Rio de Janeiro
Servidor do Estado*

vsml62@hotmail.com

Victória Sarmiento Mitre Leite

*Graduanda em direito pela
Universidade Cândido Mendes*

vicksarmiento21@gmail.com

RESUMO

A Nova Lei de Migração foi internalizada no Estado brasileiro em 24 de maio de 2017, substituindo o Estatuto do Estrangeiro de 1980. Entrou em vigor em 21 de novembro do mesmo ano. O objetivo deste artigo é publicizar o percurso da Nova Lei, destacando-se: forças sociais da sociedade que opinaram sobre a nova normativa; dialética de mitos *versus* verdades; avanços; desafios e sugestões para dar maior efetividade à Nova Lei. A essência do referencial teórico fundamentalmente aponta para o fato de que a Nova Lei relaciona a imigração aos direitos humanos, portanto, afasta a antiga dimensão da segurança nacional. Como resultados, apresentam-se, entre outros: a omissão da lei em não especificar uma instituição líder que coordene a Política Migratória; necessidade de persistência para mitigar os inúmeros desafios, entre os quais, maior integração entre as administrações federal, estadual e municipal. A metodologia se apoia em uma pesquisa documental. A importância do artigo visa a contribuir com a Academia e gestores responsáveis pela Política Migratória.

Palavras- chave: Percurso. Mitos *versus* verdades. Avanços. Desafios. Sugestões.

ABSTRACT

The New Migration Law was internalized in the Brazilian State on May 24, 2017, re-

placing the Foreign Statute of 1980. It entered into force on November 21 of the same year. The aim of this article is to publicize the path of the new law, highlighting, among others: the social forces of society that opined on the new normative; dialectic of myths versus truths; advances; challenges; and suggestions to make the New Law more effective. The essence of the theoretical framework fundamentally points to the fact that the New Law relates immigration to human rights, thus, moving away from the old dimension of national security. As a result, we present, among others: the omission of the law in not specifying a leading institution that coordinates the Migration Policy; need persistence to mitigate the many challenges, including greater integration between federal, state and municipal administrations. The methodology is based on a documentary research. The importance of the article aims to contribute to the Academy and managers responsible for Migration Policy.

Keywords: Path. Myths versus truths. Advances. Challenges. Suggestions.

Data de submissão: 04/09/2019

Data de Aceitação: 19/03/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. PERCURSO DA NOVA LEI 2. MITOS *VERSUS* VERDADES 3. AVANÇOS 4. DESAFIOS 5. SUGESTÕES. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A nova Lei de Migração de 2017 foi uma necessidade decorrente do amadurecimento da sociedade e do Estado brasileiros na medida em que o antigo Diploma do Estrangeiro de 1980 não atendia mais aos anseios vigentes, nessa dimensão, o novo marco normativo representa¹ substancial mudança de enfoque com ênfase na garantia dos direitos das pessoas migrantes: estrangeiros que por aqui aportam e para os brasileiros que vivem no exterior.

Nessa perspectiva inovadora de mudanças, no primeiro capítulo serão publicizados os seguintes tópicos: a participação das diversas forças sociais na propositura do novo marco regulatório, com suas respectivas propostas; no segundo capítulo, *mitos e verdades*, tratar-se-á desse *embate dialético* que envolveu a formação da lei; em seguida, no terceiro capítulo,

¹ OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **R. bras. Est. Pop.**, Belo Horizonte, v. 34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017.

mostrar-se-á o que a lei incorporou de *avanços* para os migrantes, sobretudo na perspectiva de direitos humanos; no quarto capítulo, visou-se a mostrar as inúmeras dificuldades que, de início, o novo marco regulatório se deparou; já no quinto capítulo, diversos atores da sociedade propuseram sugestões, ideias, para que a Nova Lei **nascesse com fôlego** na sociedade brasileira; e, por último, realizadas as considerações pessoais deste autor.

1. PERCURSO DA NOVA LEI

Ab initio, até a edição da Lei 13. 445, a matéria relativa à situação jurídica do estrangeiro tinha previsão pela Lei n. 6. 815, de 19 de agosto de 1980, portanto, não vigia uma lei que tratasse especificamente das migrações².

A antiga Lei do Estrangeiro foi concebida nos governos militares com escopo na segurança nacional, nos interesses socioeconômicos do Brasil e do trabalhador nacional, portanto, a realidade nacional exigia nova Lei de Migração, em face de obsolescência daquele Estatuto.

Em vista disso, a proposta de uma nova Lei Migratória trouxe o apelo a que se considerasse a necessidade de tratar da temática dos brasileiros no exterior como um tema sobre o qual é necessário que se formulem políticas públicas e as previsões legais que as assegurem e efetivem³.

Nesse sentido, o Ministério da Justiça⁴, por meio da Portaria n° 2.162/2013, criou uma Comissão de Especialistas com a finalidade de apresentar uma proposta de Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil, e entre 25 de julho de 2013 e 30 de maio de 2014, a Comissão realizou sete reuniões presenciais das quais participaram representantes do governo, instituições internacionais, parlamentares, especialistas e acadêmicos.

Desse modo, essa comissão elaborou o anteprojeto, em face de o antigo Estatuto do Estrangeiro proibir, entre outros⁵: o estrangeiro de exercer atividade de natureza política, além de permitir a expulsão do estrangeiro que atentasse contra a segurança nacional, a moralidade pública e a economia popular.

² GUERRA, Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da lei do estrangeiro à nova lei de migração. **Direito em Debate**. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Ano XXVI n. 47. jan.-jun. 2017. p. 90-112.

³ MILESI, Rosita. Por uma nova Lei de Migrações: a perspectiva dos direitos humanos. *In*: GREGORI, José *et al.* ACNUR. Refúgio. Migrações e Cidadania. **Caderno de Debates** 2. Agosto de 2007. IMDH, 2007. p. 88.

⁴ COMISSÃO DE ESPECIALISTAS PARA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE LEI DE MIGRAÇÕES E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DOS MIGRANTES NO BRASIL- instituída pelo Ministério da Justiça pela Portaria n° 2.162/2013. **Relatório final**. p. 2. Brasília, 31 de julho de 2014. p. 1-50. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/documentos/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019. O Projeto de Lei do Senado n° 288, de 2013, que gerou a Lei de Migração, foi de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira.

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Entenda o Anteprojeto de Lei de Migrações**.

Nessa direção, conforme Torelly, houve ampla participação de forças sociais, representadas por: sociedade civil, atores governamentais, organizações internacionais, academia, iniciativa privada e associação de migrantes, as quais apresentaram propostas para tornar a futura Lei de Migração consentânea com os interesses da sociedade brasileira, sobretudo dos migrantes, razão de ser do novo marco regulatório, nessa perspectiva as forças sociais apresentaram as seguintes propostas⁶:

Quadro 01: Atores/Propostas

| Atores | Propostas |
|--------------------------------|--|
| 1. Sociedade Civil | implementação de políticas públicas particulares a migrantes e garantia de acesso às políticas universais; estabelecimento de protocolos e normas para atendimento (regularização documental e acesso a políticas públicas). |
| 2. Atores Governamentais | capacitação de servidores a atendimento de migrantes e refugiados; regulamentação da organização dos fluxos e atribuição de competências. |
| 3. Organizações Internacionais | necessidade de refletir sobre as fronteiras nacionais; estruturação de uma política nacional para migrantes. |
| 4. Academia | implementação do novo arcabouço migratório acompanhado de ampla revisão das políticas públicas que atualmente se limitam aos brasileiros. |
| 5. Iniciativa Privada | responsabilidade estatal em conferir os meios e a segurança jurídica necessários a que a iniciativa privada possa comprometer-se com o tema. |
| 6. Associação de migrantes | garantia dos direitos humanos dos migrantes; combate à xenofobia; Política migratória nacional estruturada. |

Fonte: TORELLY, Marcelo (coord.) *et al.* Adaptado pelo autor do artigo.

Desse modo, a nova normativa apontaria para novo perfil, *verbi gratia* (*v. g.*): mudança de paradigma na política migratória; abandono da tipologia “estrangeiro”; o termo “migrantes” inclui os brasileiros que deixam o país; incorporação de reivindicações da sociedade civil como a criação de um órgão estatal centralizado a atendimento aos migrantes; e adaptação legislativa à realidade de mobilidade humana e globalização econômica⁷.

Nessa dinâmica, conforme Asano e Timo (2017, on-line), as organizações da sociedade civil propuseram cinco ações que sintetizam os princípios mínimos que a nova Lei de

⁶ TORELLY, Marcelo (coord.) *et al.* **Visões do Contexto Migratório no Brasil**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2017. p. 78.

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Entenda o Anteprojeto de Lei de Migrações**.

Migração deveria assentar-se, convergente com uma perspectiva dos direitos humanos⁸:

1. A garantia dos direitos humanos das pessoas migrantes, sem discriminação de nenhum tipo e independente da situação migratória.
2. O estabelecimento de procedimentos de regularização migratória rápidos, efetivos e acessíveis como uma obrigação do Estado e um direito do imigrante.
3. A não criminalização das migrações, incluindo o princípio de não detenção do imigrante por razões vinculadas à sua situação migratória.
4. O controle judicial e o acesso dos imigrantes a recursos efetivos sobre todas as decisões do poder público que possam gerar vulneração de seus direitos.
5. A criação de uma instituição nacional autônoma, com um corpo profissional permanente e especializado e mecanismos de supervisão e controle social, responsável pela aplicação da lei.

Ou seja, com a perspectiva de que o⁹ “horizonte a ser buscado é o da cidadania universal dos migrantes, configurada no conjunto de direitos inalienáveis, intrínsecos a todo ser humano”, bem como a nova regulamentação deve possuir um leque de garantias mínimas, *exempli gratia* (e. g.)¹⁰: acesso ao devido processo legal para o solicitante de refúgio; não devolução; proibição de deportação em massa e de usar o argumento da entrada irregular para rejeição do pedido de refúgio; e impossibilidade de aceleração do processo visando à negativa do pedido de refúgio.

Assim sendo, na visão de Torelly et al. (2017, p. 45)¹¹,

Nos últimos quatro anos, vários debates em torno das migrações foram impulsionados no Brasil, principalmente pela chegada de migrantes haitianos, que evidenciou uma série de questões como: **ausência de políticas públicas para o acolhimento, obstáculos burocráticos para se obter documentação, discriminação e dificuldades de integração**. Essas e outras questões foram dialogadas no âmbito de eventos públicos que problematizaram diversos pontos sensíveis que envolvem as migrações e buscaram soluções, incluindo a constatação coletiva sobre a necessidade de uma nova Lei de Migração em sintonia com o respeito aos direitos humanos.

⁸ ASANO, Camila Lissa. TIMO, Pétalla Brandão. **A nova Lei de Migração no Brasil e os direitos humanos**, on-line. Rio de Janeiro, 17 abr. 2017.

⁹ MILESI, Rosita. Por uma nova Lei de Migrações: a perspectiva dos direitos humanos. In: GREGORI, José et al. ACNUR. Refúgio. Migrações e Cidadania. **Caderno de Debates** 2. Agosto de 2007. IMDH, 2007. p. 94.

¹⁰ TORELLY, Marcelo (coord) et al. **Política de refúgio do Brasil consolidada**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2017. p. 45.

¹¹ ASANO, Camila Lissa. TIMO, Pétalla Brandão. **A nova Lei de Migração no Brasil e os direitos humanos**, on-line. Rio de Janeiro, 17 abr. 2017.

Nesse contexto, constataram-se duas realidades: o debate sobre ausência de políticas públicas e a necessidade de nova Lei de Migração, portanto, a *ratio* explícita que culminou na Lei Migratória.

Sim, a temática da ausência de políticas públicas ainda é um fato¹², pois

A Lei não está totalmente de acordo com a realidade e necessidades dos imigrantes, o Poder Público ainda se mostra ineficiente para atuar nessas questões, e a sociedade ainda está alheia a tudo isso com informações equivocadas a respeito de migrações (NOVO, 2018, on-line).

2. MITOS *VERSUS* VERDADES

Este capítulo tem por escopo analisar o quadro proposto por Delfim (2019), no qual a Nova Lei de Migração foi cercada por *mitos* e *verdades*¹³:

Quadro 02: Mitos *versus* Verdades

| MITOS | VERDADES |
|---|---|
| 1. Com a nova lei, o país será invadido por estrangeiros. | Nada indica que o Brasil se tornará um destino prioritário a migrantes e refugiados. Segundo dados da ONU, há atualmente mais de 240 milhões de pessoas vivendo fora de seu país de origem – dois terços delas estão na Europa e na Ásia. |
| 2. A entrada de migrantes aumentará a criminalidade ¹⁴ . | Não há evidência de que os migrantes se envolvam mais em crimes que os brasileiros. |
| 3. A lei deixará o país mais vulnerável ao terrorismo. | É equivocado e xenofóbico pressupor que os migrantes são um risco à segurança nacional. A posição viola o princípio constitucional da presunção de inocência. |

Fonte: DELFIM, Rodrigo Borges. Adaptado pelo autor do artigo.

No tocante ao item 1, o autor pontua como *verdade* que não há indícios no sentido de o País tornar-se *porto seguro* para migrantes, no entanto, em face da crise na Venezuela, a

¹² NOVO, Benigno Núñez. **Migração na visão da nova lei**, on - line. Brasília-DF: 03 abr. 2018.

¹³ DELFIM, Rodrigo Borges. **Nova Lei de Migração: Mitos *versus* verdade**. MigraMundo, on-line. São Paulo, 18 abr. 2017.

¹⁴ Moulin e Santoro elencam também como *mito* o fato de que: “os refugiados são foragidos da lei, estão fugindo porque cometeram crimes ou fizeram algo de errado em seus países”. MOULIN, Carolina; SANTORO, Maurício. Três mitos sobre refugiados. **Observatório do amanhã**, on-line. Rio de Janeiro.

imigração, particularmente em Roraima, tem sido intensa, pois, em função da Operação Acolhida - Política de interiorização dos venezuelanos a cargo do Exército brasileiro -, “desde que a operação se fixou em Boa Vista, mais de 12 mil imigrantes já foram interiorizados, para atender a demanda do constante fluxo de refugiados oriundos da Venezuela”¹⁵.

Ademais, segundo o Departamento de Polícia Federal (DPF), nos últimos 8 anos, o Brasil recebeu 206.737 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado, passando de 3.538 pedidos, em 2011, para 80.057 solicitações em 2018¹⁶, ou seja, os números são assustadores, no entanto¹⁷, o país é o 5º país latino-americano que recebe mais venezuelanos (168 mil), atrás de Colômbia (1,3 milhão), Peru (768 mil), Chile (288 mil) e Equador (263 mil).

Nesse sentido, por enquanto, há que se concordar com Delfim, pois não existem, até o presente momento, dados que comprovem que o país será um destino prioritário a migrantes e refugiados.

Em relação ao item 2, em Roraima, fruto de informações obtidas em 2017,

[...] a não absorção do mercado de trabalho e a necessidade de sobrevivência dos migrantes venezuelanos têm refletido na segurança pública roraimense, pois tem aumentado de forma significativa a incidência de ilícitos praticados por venezuelanos. O índice de crimes cometidos por venezuelanos tem aumentado muito desde 2014 e em números estatísticos revela um número exato de 212% de infratores e vítimas venezuelanas [...]¹⁸ (grifo nosso).

Conforme o Relatório das Violações de Direitos contra Imigrantes Venezuelanos no Brasil, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos, no mês de Janeiro de 2018, “a DPU não identificou aumento do número de crimes cometidos por venezuelanos”¹⁹, mas²⁰, “um ano após violentos protestos contra a presença de venezuelanos em Pacaraima (RR), algumas dezenas de moradores brasileiros organizaram” manifestações para maximizar a segurança e organização na cidade fronteiriça, e nos dois últimos anos foram registradas quase seis mil ocorrências com envolvimento de estrangeiros, a maioria venezuelanos, uma vez que:

Roraima verificou um grande aumento no número de crimes cometidos por imigrantes, em sua maioria venezuelanos, segundo relatório

¹⁵ BRASIL. Ministério da Defesa. **Operação Acolhida**: mais de 12 mil imigrantes já foram interiorizados, on-line. Brasília, 18 jun. 2019.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio em Números**, 4ª Edição. 2019, p. 22.

¹⁷ Número de refugiados e migrantes da Venezuela chega a 4 milhões. **Agência Brasil**, EBC, on-line. 07 jun. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/no.07.jun.2019>.

¹⁸ EVANGELISTA, Rodrigo Luiz Soares. Os reflexos da imigração Venezuelana: perfil dos imigrantes, Segurança Pública e Saúde Pública. **O defesanet**, 2017, on-line. Brasília, 19 dez. 2017.

¹⁹ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (CNDH). **Relatório das violações de direitos contra imigrantes venezuelanos no Brasil**. Jan. 2018, p 1- 41. Brasília, Maio 2018.

²⁰ MAISONNAVE, Fabiano. Protesto em Roraima pede mais ordem na fronteira e assusta venezuelanos. **Folha de São Paulo**, on-line. São Paulo, 17 ago. 2019. .

estatístico do Centro Integrado e Operações Policiais da Secretaria Estadual da Segurança Pública (grifo nosso).²¹

Portanto, os fatos apontam que a **entrada de migrantes venezuelanos em Roraima vem aumentando a criminalidade**, nessa toada, particularmente nesse estado, o *mito* 1 se aproxima muito mais de uma **verdade** do que uma ficção propriamente dita, no entanto, no restante do país não há sólidas evidências no sentido de que a entrada de migrantes vem aumentando a criminalidade.

No que diz respeito ao item 3, houve preocupações reverberadas nas mídias sociais, pois, conforme a Diretoria de Análises de Políticas Públicas da FGV/RJ:

[...] **60, 5 mil tweets sobre o tema entre 17 de abril e 25 de maio de 2017**, período entre a aprovação do projeto de lei pelo Senado e a sanção presidencial. Há uma clara manifestação de mensagens em torno da lei, com maior coesão entre aqueles que exigem que Temer vete o projeto antes que haja uma entrada massiva de “terroristas, comunistas e traficantes” (grifo do autor)²².

À vista do exposto, passados mais de dois anos da aprovação da Lei de Migração, não há dados que comprovem que entraram no país “terroristas, comunistas e traficantes”, ademais, comparando-se com o Estatuto do Refugiado, Lei 9. 474 de 22 de julho de 1997, que completou 20 anos em 2019, sem a configuração de casos de refugiados que percorreram o caminho do terrorismo ao longo desse recorte temporal, nesse rumo, a tese de que a lei deixará o país mais vulnerável ao terrorismo se constitui em um **mito**.

3. AVANÇOS

A Nova Lei veio a regular a situação jurídica do estrangeiro no país²³: os direitos e deveres do migrante e do visitante no Brasil; entrada e permanência de estrangeiros; estabeleceu normas de proteção ao brasileiro no exterior e modificações na nomenclatura do não nacional, substituindo a figura do estrangeiro para a do migrante, à luz do artigo 1º, § 1º. Ademais, permite-lhes exercer cargo, emprego e função pública, excetuados os destinados a brasileiro nato (art. 12, § 3 da CF), não lhe sendo exigível prova documental impossível que obste o exercício dos direitos, acesso a cargo, emprego ou função pública.

²¹ RODRIGUES, Edílson. RR sofre com o aumento de crimes cometidos por imigrantes. **Folha de Boa Vista**, on-line. Boa Vista, 16 dez. 2019.

²² FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Diretoria de Análise de Políticas Públicas (DAPP). **O Debate sobre a Lei de Migração**, on-line. Rio de Janeiro, 26 maio 2017, p. 1-16.

²³ GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 09, n. 4. ISSN 2317-7721, pp. 1717-1737.

Em relação ao Estatuto do Estrangeiro, a Lei de Migração possui diferenças, entre outras²⁴: enquanto o antigo Estatuto “usa os termos estrangeiros e alienígenas”, a nova Lei “usa o termo migrantes (imigrantes e emigrantes)”, ou seja²⁵, abandonou-se o termo “estrangeiro”, excluindo estigmas em relação ao imigrante e reconhecendo a condição humana de **ser imigrante**, portador de direitos e deveres fundamentais, bem como considera estrangeiro quem, conforme as regras jurídicas do Estado em que se encontra, não integra o conjunto dos nacionais desse Estado²⁶.

Nesse sentido²⁷, para obter a condição de estrangeiro, é necessário somente que a pessoa se locomova da jurisdição do Estado a que pertença e passe à jurisdição de outro, sem integrar a totalidade dos nacionais desse Estado.

Mas, no contexto dos avanços que a Nova Lei representa para o Estado²⁸:

não obstante alguns vetos inspirados em visões que defendem medidas restritivas, o país passa a ter uma das legislações mais modernas no trato das políticas migratórias, avançando no tratamento dos pilares que sustentam a integração plena do migrante à sociedade brasileira ao assegurar o pleno acesso aos serviços, garantindo a reunião familiar, reconhecendo a formação acadêmica obtida no exterior, permitindo a associação sindical e política, facilitando a inclusão laboral, repudiando práticas de discriminação e descriminalizando a migração e repudiando práticas de deportações coletivas (grifo nosso).

De igual modo:

No plano da cooperação internacional, apesar de o país já possuir uma legislação moderna na questão do refúgio - a Lei n. 9.474/1997 [...] – e já vir adotando políticas de acolhimento humanitário, como no caso dos haitianos, ter incluído expressamente na nova lei o dispositivo que permite a concessão desse tipo de visto foi fundamental. Ademais, a facilitação das remessas, a proteção aos brasileiros residentes no exterior, a cooperação com os Estados de origem, trânsito e destino buscando a proteção dos direitos do migrante e o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina são medidas protetivas importantíssimas e que fazem com que avance o trato das questões migratórias nas relações com os demais países en-

²⁴ Idem.

²⁵ REDIN, Giuliana. Direito Humano de Imigrar e os desafios para construção de uma política nacional para imigrantes e refugiados. *In*: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. **Direitos Emergentes na Sociedade Global**: PPG em Direito na UFSM. Santa Maria: UFSM, 2016. p. 18.

²⁶ Tibúrcio, *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 720.

²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 720. A expressão “da jurisdição do Estado a que pertença” significa do Estado do qual se é nacional, caso a pessoa tiver uma nacionalidade, ou de qualquer Estado, se for apátrida.

²⁸ OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **R. bras. Est. Pop.**, Belo Horizonte, v. 34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017.

volvidos nessa temática.²⁹

Destacam-se outros avanços³⁰: o estrangeiro em situação irregular no país não poderá ser preso; desburocratização do processo de regularização migratória; *anistia* os que já se encontram em território nacional; princípio do contraditório e ampla defesa; garantia³¹ de acesso à assistência judiciária gratuita, com atuação obrigatória da Defensoria Pública em casos de detenção³² de migrantes nas fronteiras, inviabilizando a deportação imediata realizada pelo DPF; o³³ não esquecimento do brasileiro que está no exterior ao tratar da necessidade da adoção de uma política pública de apoio ao cidadão que se encontra no exterior.

No tocante à anistia, trata-se de perdão por parte do Estado visando a possibilitar a regularização migratória, sem penalidades, aos estrangeiros que residem no país de forma irregular, desse modo, é sempre vista pelos imigrantes como uma esperança de sair da condição de indocumentados ou da clandestinidade, livrando-se da exploração a que ficam sujeitos quando não têm a necessária documentação³⁴.

Assim sendo³⁵, no dia 13 de junho de 2017, antes da sanção presidencial da nova Lei de Migração e do veto à anistia, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 7.876/2017, propondo a concessão da quinta anistia para migrantes no Brasil, cuja redação vetada pelo Presidente Temer, no Projeto de Lei 288/2013, foi adaptada de modo a superar as razões do veto.

Quanto à regularização de documentação, outro avanço³⁶:

A lógica da nova lei é contrária à anterior, que impedia a mudança de categoria estando no país. Era uma lógica de controle, de segregação: difícil mudar de categoria estando no país. Com a nova lei, estão abarcadas as questões dinâmicas da vida. A nova lei é flexível. É uma mudança positiva: possibilidade de documentar estando no país. Isso tira a pressão sobre o mecanismo do refúgio.

Na perspectiva do trabalho³⁷, ficam garantidos o mercado de trabalho e direito à previ-

²⁹ OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **R. bras. Est. Pop.**, Belo Horizonte, v. 34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017. p.175

³⁰ CASTRO, Carolina. **Migração**: nova lei assegura direitos e combate a discriminação.

³¹ NOVO, Benigno Núñez. **Migração na visão da nova lei.**

³² O autor se refere ao Instituto da deportação, à luz do art. 50: “A deportação é medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional”.

³³ RAMOS, André de Carvalho. Os avanços da nova Lei de Migração. **Jornal da USP**. São Paulo, 22 maio 2017.

³⁴ INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS (IMDH). **Glossário**. Brasília, 31 jan. 2014.

³⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). Uma introdução às migrações internacionais no Brasil contemporâneo. Módulo 2, p. 23.

³⁶ TORELLY, Marcelo (coord.) et al. **Visões do Contexto Migratório no Brasil**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2017. p. 51.

³⁷ BARZOTTO, Luciene Cardoso. **Nova lei da imigração no Brasil**: o trabalhador estrangeiro diante do

dência social, bem como há convergência com a OIT, posto que editou a Convenção 143, a qual prevê a proteção trabalhista dos imigrantes mediante garantias de direitos humanos no acesso à ocupação produtiva justa e na restrição à exploração abusiva na sua prestação de serviços, no sentido de favorecer as interações laborais, econômicas e sociais, valorizando direitos e realçando o contributo do imigrante na construção na comunidade nacional.

A gestão da entrada de migrante no país é, principalmente, de responsabilidade dos Ministérios das Relações Exteriores, da Justiça e Departamento de Polícia Federal, e do Trabalho, os quais³⁸

devem praticar em conjunto uma série de deliberações a respeito da concessão de residência, entre outras, para as seguintes situações: reunificação familiar; atividade de relevância econômica, científica, tecnológica ou cultural; interesses da política migratória nacional; proteção ao apátrida, refúgio ou asilo político, estabelecer os termos para determinação da condição de vulnerabilidade para fins de reconhecimento de hipossuficiência econômica.

Nesse sentido, a Lei e o Decreto 9.199/2017³⁹ estabeleceram a competência legal do Ministério do Trabalho à autorização de **residências para fins laborais**. Assim, o imigrante que deseje ingressar no país para trabalhar, independente de vínculo empregatício, salvo exceções, necessita de **residência** a essa finalidade (**residência prévia** a efeito de **concessão de visto temporário** ou **residência** ao que já se encontra no país), junto à Coordenação Geral de Imigração, e atender às Resoluções Normativas editadas pelo CNIg. Ademais, o *visto* é emitido pelo MRE que se traduz em uma expectativa de direito ao interessado de ingressar no Brasil.

O novo marco migratório deve assentar-se no fato de que⁴⁰:

o corpo jurídico internacional de proteção aos refugiados é determinado pela interação dialógica e complementar das normas do Direito Internacional de Refugiados, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário. Esses direitos são reconhecidos a todas as pessoas, não somente aos nacionais dos Estados membros. As pessoas que não são nacionais também são beneficiárias dos direitos garantidos nos instrumentos de direitos humanos, com limitadas exceções, como os direitos relativos à participação política. [...]

Por sua vez, o art. 77, com seis incisos, reverbera as Políticas Públicas com o desiderato

paradigma constitucional – fraternal. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/nova-lei-da-imigracao-no-brasil-o-trabalhador-estrangeiro-diante-do-paradigma-constitucional-fraternal/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

³⁸ MINISTÉRIO DO TRABALHO. Coordenadoria Geral de Imigração (CGI). 2º Trimestre 2018 (Abr-Jun). **Autorizações de residência concedidas a imigrantes**. Disponível em: <http://obmigra.mte.gov.br/index.php/relatorios-cgig-e-cnig>. Acesso em: 20 ago. 2019.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Cf. ACNUR, em seus comentários ao PL de Migração n. 2.516/15. Brasília, 2015b *apud* TORELLY, Marcelo (coor) *et al.* **Política de refúgio do Brasil consolidada**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2017. p. 33.

de atender aos princípios e diretrizes, entre outros: promoção de condições de vida digna, a facilitar o registro consular e a prestação de serviços consulares nas “áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura” (art. 77, II).

Nesse sentido, a nova Lei complementa o Estatuto do Refugiado de 1997, pois, à luz do artigo 121, “devem ser observadas as disposições da Lei 9. 474 [...], nas situações que envolvam refugiados e solicitantes de refúgio”.

4. DESAFIOS

Os principais desafios se traduziram na regulamentação da Lei e o enfrentamento dos vetos da Presidência da República. Nesse sentido, os vetos foram, entre outros: a definição de migrante, pois o conceito estava ampliado ao incluir o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida (inciso I do § 1º do art. 1º); e o que impedia a revogação das expulsões decretadas antes de 1988 também sob o argumento de que afetaria a soberania nacional⁴¹.

A centralidade da *ratio* do veto ao inciso acima assenta-se no fato de que o “dispositivo estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço”, ou seja, estende-se a qualquer estrangeiro, independente da situação migratória, a isonomia com os nacionais, violando o art. 5º da CF, posto que “aquela igualdade é limitada e tem como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional”, conforme a Mensagem nº 163, de 24 de maio de 2017⁴².

Nessa dinâmica, segundo Oliveira, os vetos do Ministério da Justiça, da AGU e do GSI revelam⁴³ contradições e disputas entre setores do governo que “consideram as migrações uma questão de segurança, daí o discurso da soberania nacional”, nesse sentido, “veem no migrante uma ameaça ao mercado de trabalho dos nacionais”, demarcando-se uma “preocupação exacerbada com segurança e controle”.

Ademais, outro desafio, segundo o Procurador do Estado de Roraima, Edival Braga:

“Essa política do governo federal de fronteiras abertas, sem ter uma política pública efetiva que possibilite aos imigrantes ou refugiados viver de forma digna, termina sendo aquele tipo de coisa que o Brasil acena no cenário internacional estar cumprindo os direitos humanos quando na verdade ele está descumprindo os direitos humanos” (grifo nosso).⁴⁴

⁴¹ OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **R. bras. Est. Pop.**, Belo Horizonte, v. 34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017.

⁴² Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/462557907/mensagem-163-17>. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁴³ OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **R. bras. Est. Pop.**, Belo Horizonte, v. 34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017.

⁴⁴ SCHREIBER, Mariana. Grave crise em Roraima justifica fechamento da fronteira? Entenda os

Sob outro **olhar**, Beto Vasconcelos, antigo presidente do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), embora reconheça o empenho inicial do governo federal, mas tece críticas sobre a resistência em alocar mais recursos financeiros ao Estado em momento de crise, bem como “também repudia a postura do governo de Roraima que, na sua visão, incentiva a xenofobia (ódio ao estrangeiro)”⁴⁵.

O sistema público de saúde tem sofrido reflexos com a imigração venezuelana, pois “de 2014 até agosto de 2017, o número de atendimento a venezuelanos mais que duplicou. [...] o número de atendimentos a venezuelanos teve um aumento de 247%”⁴⁶, ou seja, configura-se mais um desafio a ser superado.

Outra adversidade repousa no fato de que⁴⁷, mesmo se considerando que o novo marco migratório é avançado, em função de propiciar um rol mais denso de direitos aos imigrantes, e não os criminalizando, mas o fato é que “estabelece uma extensa burocracia para a regularização, bem como multas e penalidades àqueles que violarem a lei” (CULPI, 2017).

Na nossa exegese, a burocracia ainda é uma realidade que precisa ser mitigada, pois a faceta burocrática está no *DNA* cultural, no *modus vivendi* nacional, portanto, de difícil remoção, posição sustentada pelo Banco Mundial: “Brasil é o país mais burocrático do mundo”⁴⁸.

Outra⁴⁹ dificuldade a ser enfrentada é a crescente manifestação organizada de segmentos sociais, contrários à nova lei, pois são pessoas equivocadas a respeito das migrações internacionais na medida em que a migração traz mais benefícios do que prejuízos para os países de destino, semelhantemente⁵⁰, o modelo de inserção do imigrante na economia nacional ocorre na maioria das vezes com pouco **grau de fraternidade**, haja vista sua situação de vulnerabilidade - falta de acesso à educação formal, desconhecimento do idioma falado no novo país e dos seus direitos, - o imigrante é mais suscetível a ser empregado em condições de descumprimentos dos seus direitos trabalhistas, redundando, em casos mais graves, na prática de trabalho forçado.

De igual modo, a questão migratória é recente para o país, trata-se de uma nova experiência, mas o novo marco trará um significativo impulso no sentido de que suas ações se

argumentos contra e a favor. **BBC**, NEWS Brasil, on-line. Brasília, 22 ago. 2018.

⁴⁵ SCHREIBER, Mariana. **Grave crise em Roraima justifica fechamento da fronteira?** Entenda os argumentos contra e a favor. **BBC**, NEWS Brasil on-line. Brasília, 22 ago. 2018.

⁴⁶ EVANGELISTA, Rodrigo Luiz Soares. **Os reflexos da imigração Venezuelana:** perfil dos imigrantes, Segurança Pública e Saúde Pública.

⁴⁷ CULPI, Ludmila Andrzejewski. **Nova lei de migrações brasileira:** inspiração no modelo da lei migratória argentina? 2017.

⁴⁸ FENACOM. Brasil é o país mais burocrático do mundo, segundo Banco Mundial. **Folha de Londrina** (PR), on - line. 2 fev. 2018.

⁴⁹ MOULIN, Carolina; SANTORO, Maurício. Três mitos sobre refugiados. **Observatório do amanhã.**

⁵⁰ CORREIA, Carolina Simões; BARZOTTO, Luciene Cardoso; MARTINS, Renata Duval. **Nova lei da imigração no Brasil:** o trabalhador estrangeiro diante do paradigma constitucional – fraternal. 24 jan. 2018.

desenvolvam nos diferentes níveis da administração nacional, no entanto, um aspecto a buscar-se:

é uma **maior integração entre as administrações federal, estadual, municipal** ao abordar a questão migratória. Será necessário avançar. **O foco tem sido na esfera federal e não na municipal, embora seja na última o contato principal com o migrante** (grifo nosso).⁵¹

Sim, a dificuldade de os órgãos públicos no País trabalharem com viés integrativo é estrutural, porque integrar-se envolve antes de tudo um eficaz esquema de planejamento, nesse rumo, o brasileiro não é afeto a planejamento, portanto, encetar políticas no longo prazo, fato comprovado no Novo Diploma Migratório brasileiro, pois “Não há definido um órgão específico para coordenar as ações e estratégias da NLM”⁵², assim, fica difícil integrar União e entes federados a tratar da Política Migratória com eficácia.

Para o Presidente do Conselho Nacional de Imigração, a nova Lei e sua regulamentação, o Decreto nº 9.199/2017, também trouxeram desafios para o Conselho Nacional de Imigração e para o Ministério do Trabalho⁵³: “não só em razão das novas atribuições e competências, mas principalmente o oportunizar o avanço em temas de grande relevância para o País [...]”. Ou seja, os temas de interesse para o Brasil se referem à atração de mão de obra altamente qualificada, *déficit* profissional, capacidades estratégicas e investimento.

5. SUGESTÕES⁵⁴

As sugestões a seguir correspondem ao trabalho de campo de diversos atores: sociedade civil, atores governamentais, organizações internacionais, iniciativa privada, academia e associações de migrantes, que trabalharam em eixos temáticos que nortearam a coleta de informações (migrantes de grupos vulneráveis, regularização documental, restrições de acesso, iniciativa privada e trabalho, políticas públicas e autoridade migratória).

Nesse prumo, em relação aos **migrantes de grupos vulneráveis**: capacitar os servidores públicos, em especial da PF, a atender às populações vulneráveis, mormente na chegada.

⁵¹ TORELLY, Marcelo (coord.) *et al.* **Visões do Contexto Migratório no Brasil**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2017. p. 59.

⁵² LEITE, Carlos Alberto. **Análise das Políticas Públicas para Refugiados no Brasil à luz da Nova Lei de Migração**: um Estudo de Caso nas Áreas de Saúde, Trabalho e Educação na região metropolitana do Rio de Janeiro. 236 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas em Direitos Humanos) - Núcleo de Políticas Públicas em Direitos Humanos, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

⁵³ SILVA, Hugo Medeiros Gallo da. Imigração, vetor estratégico para o desenvolvimento e crescimento nacional. *In*: BRASIL. Presidência da República. **Diálogos Estratégicos**: migração e seus impactos na sociedade do século XXI. Vol 1, n. 4, Dez 2018. p. 14-17.

⁵⁴ Cf. TORELLY, Marcelo (coord.) *et al.* **Visões do Contexto Migratório no Brasil**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2017. p. 87- 88. As propostas foram retiradas do autor.

Na dimensão das **restrições de acesso**, a preocupação é garantir assistência advocatícia ou da Defensoria Pública e atendimento, por parte dos servidores públicos, com um *olhar humanista* e não estritamente policial, no sentido de propiciar os direitos do migrante, entre eles, a presunção de inocência, o devido processo legal e a ampla defesa.

No tocante ao **papel da iniciativa privada**, sugere-se que as empresas assumam a sua responsabilidade social; aproveitem o potencial criativo dos migrantes; criem políticas endógenas a contratá-los; promovam cursos de português; incentivem a inclusão e coíbam o racismo.

Quanto à **autoridade migratória**, parte dos atores propõe a criação de uma estrutura nova e específica à questão de migrações (uma secretaria ou agência), e outra parte sugere consolidar a articulação entre os órgãos já existentes, no entanto, nessa particularidade, a lei não previu um órgão específico para coordenar a Política Migratória, a exemplo do Estatuto do Refugiado, que criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE).

As recomendações gerais e específicas pontuam a necessidade de elaboração de cursos de capacitação no tema da migração a servidores públicos municipais, de forma a qualificar o atendimento considerando as suas especificidades; ademais, recomenda-se a capacitação em relação à Lei de Migração, tendo como públicos-alvos atores da sociedade que tenham capilaridade na rede para difusão das informações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Nova Lei de Migração é uma realidade na qual as forças sociais e o próprio Estado brasileiro têm que fortalecê-la diariamente para torná-la minimamente efetiva, com a dinamicidade necessária para propiciar dignidade a esse **outro** que vem de fora, mas, por outro lado, a lei falha em não especificar uma instituição líder que coordene a Política Migratória com a coparticipação das outras instituições dos entes federados, responsáveis pelos migrantes, com o desiderato de propiciar maior integração entre as administrações federal, estadual e municipal, portanto, a ausência de um órgão responsável pela Política Pública, perpassando todas as fases da Política, principalmente o **monitoramento e avaliação**, constitui-se em um **ponto cego** da Nova Lei de Migração, sobretudo pelos reflexos que advirão: falta de controle dos migrantes no país, ou seja, em última instância, asseverar com exatidão se estarão ou não sob o manto da dignidade da pessoa humana que a própria lei propõe.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Roberta Pires. **O trabalho da DPU na defesa dos direitos dos migrantes ve-**

nezuelanos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-06/tribuna-defensoria-trabalho-dpu-defesa-direitos-migrantes-venezuelanos>. Acesso em: 25 ago. 2019.

ARAÚJO, Igor Eduardo dos Santos; FETT, Priscila, ANNONI, Danielle. O papel da Defensoria Pública da União na efetivação do acesso à justiça para os refugiados no Brasil. *In*: ANNONI, Danielle (Coord.). **Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai/UFPR, 2018. p. 348-363.

ASANO, Camila Lissa. TIMO, Pétalla Brandão. **A nova Lei de Migração no Brasil e os direitos humanos**, on-line. Rio de Janeiro, 17 abr. 2017. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2017/04/17/nova-lei-de-migracao-no-brasil-e-os-direitos-humanos>. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria n. 2. 209**, 10 ago. 2004, DOU 154, 11 ago. 2004. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/Estrangeiros/legislacao/Portaria%20n%C2%BA%202.209.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. Ministério da Justiça. **Entenda o Anteprojeto de Lei de Migrações**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/proposta-de-nova-lei-de-migracoes-devera-substituirestatuto-criado-durante-a-ditadura/entenda_novo_estatutoestrangeiro2.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. Ministério da Defesa. **Operação Acolhida: mais de 12 mil imigrantes já foram interiorizados**, on-line. Brasília, 18 jun. 2019. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/57317-operacao-acolhida-mais-de-12-mil-imigrantes-ja-foram-interiorizados>. Acesso em: 18 ago. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio em Números**, 4ª Edição. 2019, p. 1- 46. Acesso em: 20 dez. 2019.

CASTRO, Carolina. **Migração: nova lei assegura direitos e combate a discriminação**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especialcidadania/migracao-nova-lei-assegura-direitos-e-combate-a-discriminacao/>. Acesso em: 19 ago. 2019.

COMISSÃO DE ESPECIALISTAS PARA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE LEI DE MIGRAÇÕES E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DOS MIGRANTES NO BRASIL: instituída pelo Ministério da Justiça pela Portaria nº 2.162/2013. **Relatório final**. Brasília, 31 de julho de 2014. p. 1-50. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/documentos/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (CNDH). **Relatório das violações de direitos contra imigrantes venezuelanos no Brasil**. Brasília. Maio 2018. Disponível em: <https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/05/relatorio-sobre-violacoes-de-direitos-humanos-contraimigrantes-venezuelanos-1.pdf>. Acesso em 18 ago. 2019.

CORREIA, Carolina Simões; BARZOTTO, Luciene Cardoso; MARTINS, Renata Duval. **Nova lei da imigração no Brasil: o trabalhador estrangeiro diante do paradigma**

constitucional – fraternal. 24 jan. 2018. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/nova-lei-da-imigracao-no-brasil-o-trabalhador-estrangeiro-diante-do-paradigma-constitucional-fraternal/>. Acesso em: 23 ago. 2019.

CULPI, Ludmila Andrzejewski. **Nova lei de migrações brasileira:** inspiração no modelo da lei migratória argentina? Disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2012/04/Nova-lei-de_migra%C3%A7%C3%B5es-brasileira_Inspira%C3%A7%C3%A3o-no-modelo-da-lei-argentina.pdf. Acesso em: 22 ago. 2019.

DELFIN, Rodrigo Borges. **Nova Lei de Migração:** Mitos *versus* verdade. MigraMundo, on-line. São Paulo, 18 abr. 2017. Disponível em: <http://migramundo.com/veja-sete-mitos-e-verdades-sobre-a-lei-de-migracao-em-debate-no-senado>. Acesso em: 18 ago. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). **Uma introdução às migrações internacionais no Brasil contemporâneo.** Módulo 2, p. 1 - 43. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/apostila-migracao-modulo-2.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

EVANGELISTA, Rodrigo Luiz Soares. Os reflexos da imigração Venezuelana: perfil dos imigrantes, Segurança Pública e Saúde Pública. **O defesanet**, 2017, on-line. Brasília, 19 dez. 2017. Disponível em: <http://www.defesanet.com.br/ven/noticia/27999/Os-reflexos-da-imigracao-Venezuelana—perfil-dos-imigrantes—Seguranca-Publica-e-Saude-Publica/>. Acesso em: 18 ago. 2019.

FENACOM. Brasil é o país mais burocrático do mundo, segundo Banco Mundial. **Folha de Londrina** (PR), on -line. 2 fev. 2018. Disponível em: <http://www.fenacon.org.br/noticias/brasil-e-o-pais-mais-burocratico-do-mundo-segundo-banco-mundial-2963/>.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Diretoria de Análise de Políticas Públicas (DAPP). **O Debate sobre a Lei de Migração**, on-line. Rio de Janeiro, 26 maio 2017, p. 1-16. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18340/DAPP-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 ago. 2019.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 09, no 4. ISSN 2317-7721 pp. 1717-1737. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/28937/21967>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. A nova lei de migração no brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/28937/21967>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. **Direitos Humanos**. Curso Elementar. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS (IMDH). **Glossário**. Brasília, 31 jan. 2014. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/imdh/glossario/>. Acesso em: 20 dez. 2019.

LEITE, Carlos Alberto. **Análise das Políticas Públicas para Refugiados no Brasil à luz da Nova Lei de Migração**: um Estudo de Caso nas Áreas de Saúde, Trabalho e Educação na região metropolitana do Rio de Janeiro. 236 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas em Direitos Humanos) - Núcleo de Políticas Públicas em Direitos Humanos, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

MAISONNAVE, Fabiano. Protesto em Roraima pede mais ordem na fronteira e assusta venezuelanos. **Folha de São Paulo**, on-line. São Paulo, 17 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/08/um-ano-apos-confronto-com-venezuelanos-moradores-brasileiros-protestam.shtml>. Acesso em: 18 ago. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MILESI, Rosita. Por uma nova Lei de Migrações: a perspectiva dos direitos humanos. *In*: GREGORI, José *et al.* ACNUR. Refúgio. Migrações e Cidadania. **Caderno de Debates** 2. Agosto de 2007. IMDH, 2007.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Coordenadoria Geral de Imigração (CGI). 2º Trimestre 2018 (Abr-Jun). **Autorizações de residência concedidas a imigrantes**. Disponível em: <http://obmigra.mte.gov.br/index.php/relatorios-cgig-e-cnig>. Acesso em: 20 ago. 2019.

MOULIN, Carolina; SANTORO, Maurício. Três mitos sobre refugiados. **Observatório do amanhã**, on-line. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://museudoamanha.org.br/pt-br/tres-mitos-sobre-refugiados>. Acesso em: 18 ago. 2019.

NÚMERO DE REFUGIADOS E MIGRANTES DA VENEZUELA CHEGA A 4 MILHÕES. **Agência Brasil**, EBC, on-line. 07 jun. 2019. Disponível em: <http://agencia-brasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2019-06/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-chega-4-milhoes>. Acesso em 18 dez. 2019.

NOVO, Benigno Núñez. **Migração na visão da nova lei**, on - line. Brasília-DF: 03 abr. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51509/migracao-na-visao-da-nova-Acesso em: 17 dez. 2019>.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **R. bras. Est. Pop.**, Belo Horizonte, v. 34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-34-01-00171.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. Os avanços da nova Lei de Migração. **Jornal da USP**. São Paulo, 22 maio 2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/os-avancos-da-nova-lei-de-migracao/>. Acesso em: 19 ago. 2019.

REDIN, Giuliana. Direito Humano de Imigrar e os desafios para construção de uma política nacional para imigrantes e refugiados. *In*: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. **Direitos Emergentes na Sociedade Global**: PPG em Direito na UFSM. Santa Maria: UFSM, 2016.

RODRIGUES, Edílson. RR sofre com o aumento de crimes cometidos por imigrantes. **Folha de Boa Vista**, Boa Vista, 29 ago. 2019. Disponível em: <https://folhabv.com.br/noticia/CIDADES/Capital/RR-sofre-com-o-aumento-de-crimes-cometidos-por-imigrantes/54433>. Acesso em: 18 ago. 2019.

SCHREIBER, Mariana. Grave crise em Roraima justifica fechamento da fronteira? Entenda os argumentos contra e a favor. **BBC**, NEWS Brasil, on-line. Brasília, 22 ago. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45266973>. Acesso em: 22 ago. 2019.

SILVA, Hugo Medeiros Gallo da. Imigração, vetor estratégico para o desenvolvimento e crescimento nacional. *In*: BRASIL. Presidência da República. **Diálogos Estratégicos**: migração e seus impactos na sociedade do século XXI. Vol 1, n. 4, Dez 2018. p. 14-17. Disponível em: http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/revista-dialogos-estrategicos/dialogosestrategicos-nr-4.pdf. Acesso em: 24 ago. 2019.

TORELLY, Marcelo (coord.) *et al.* **Visões do Contexto Migratório no Brasil**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2017.

_____. **Política de refúgio do Brasil consolidada**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2017.

ZORTEA, Gustavo. **Migração**: nova lei assegura direitos e combate a discriminação. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/migracao-nova-lei-assegura-direitos-e-combate-a-discriminacao>. Acesso em: 18 ago. 2019.

ESTUDO DE CASO

CASE STUDY

A APLICAÇÃO DE UM MODELO DE CHECKLIST COMO METODOLOGIA DE GESTÃO DE RISCOS NA CONFORMIDADE DE REGISTRO DE GESTÃO NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – UM ESTUDO DE CASO

THE APPLICATION OF A CHECKLIST MODEL AS A RISK MANAGEMENT METHODOLOGY IN COMPLIANCE WITH MANAGEMENT REGISTRATION WITHIN THE FRAMEWORK OF THE FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE- A CASE STUDY

Paulo Roberto Calembó Marra

*Especialista em Gestão Pública pelo
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)
Assessor-Chefe da ASERG/SGE/DPGU*

prcmarra@gmail.com

Cleiton Gomes Prata da Silva

*Mestrando em Políticas Públicas e Governo (FGV-EPPG)
Secretário-Geral de Controle Interno e Auditoria/DPU*

prata.cleiton@gmail.com

RESUMO

O trabalho versou sobre a utilização de modelo de checklist aplicado à Conformidade de Registro de Gestão que consiste na certificação dos registros dos atos e fatos da execução orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos da administração pública federal. Objetivou-se comprovar a adequabilidade do modelo elaborado como efetiva ferramenta de apoio à gestão, além de outros benefícios como guiar a certificação e otimizar o tempo de análise dos documentos. Procurou-se investigar a utilidade da aplicação do modelo de checklist como instrumento no controle preventivo da gestão da execução orçamentária, financeira e patrimonial, assim como meio para auxiliar na certificação de conformidade de registro e gestão. Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, a pesquisa explicativa, com a análise quantitativa de dados coletados por meio da pesquisa-ação, cujo método consiste na realização da pesquisa durante o exercício da própria atividade do conformista de registro de gestão. O percurso percorrido foi a descrição primeiramente do

cenário sem o checklist e posteriormente com o checklist, em seguida descrever a criação e a implementação do modelo proposto de checklist e apresentar casos reais em que a aplicação do modelo permitiu ações corretivas na organização com a respectiva demonstração dos benefícios aferidos após a implementação do modelo proposto. Por fim, constatou-se que o modelo de checklist proposto e implementado trouxe resultados favoráveis para a administração e para o próprio setor, mitigando os riscos inerentes a execução orçamentária, financeira e patrimonial.

Palavras-chave: conformidade de registro de gestão; modelo de checklist; gestão de riscos.

Data de submissão: 02/03/2020

Data de aceitação: 28/04/2020

ABSTRACT

The use of the checklist model applied to the Management Record Compliance consists of the certification of the records of the acts and facts of the budgetary, financial and patrimonial execution of the federal public administration bodies. The objective was to prove the adequacy of the model developed as an effective management support tool, in addition to other benefits such as guiding the certification and optimizing the time for analyzing the documents. We sought to investigate the utility of applicability the checklist model as an instrument in the preventive control of the management of budgetary, financial and patrimonial execution, as well as a means to assist in the certification of management record compliance. The methodology used was bibliographic research, exploratory research, with the quantitative analysis of data collected through action research, which consists of the exercise of the activity itself by the conformist of the management record. The route covered was the description of the scenario first without the checklist and then with the checklist, then describing the creation and implementation of the proposed checklist model, presenting real cases in which the application of the model allowed corrective actions in the organization with the respective demonstration benefits obtained after the implementation of the proposed model. Finally, it has been verified that the checklist model proposed and implemented brought favorable results for management and for the sector itself, mitigating the risks inherent to budgetary, financial and patrimonial execution.

Keywords: management record compliance; checklist model; risk management.

INTRODUÇÃO

A certificação dos documentos no âmbito do Governo federal é um dos procedimentos de controle realizado por meio da Conformidade de Registro de Gestão, a qual consiste na verificação dos documentos que correspondem aos registros gerados no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) relativos aos atos diários da execução orçamentária e financeira.

A Conformidade de Registro de Gestão é um importante instrumento de controle preventivo e possibilita a redução de riscos na aplicação dos recursos públicos diante do grande volume de dados processados na execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos públicos e entidades da Administração Federal.

Ela é regulada pela Instrução Normativa n.º 06/2007 da Secretaria de Tesouro Nacional (STN) que disciplina os procedimentos relativos ao registro da Conformidade e estabelece a sua obrigatoriedade para todas as instituições do governo federal que utilizam o SIAFI.

O artigo 6º da IN 6 STN explica que:

A Conformidade dos Registros de Gestão consiste na certificação dos registros dos atos e fatos de execução orçamentária, financeira e patrimonial incluídos no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI e da existência de documentos hábeis que comprovem as operações.

As certificações realizadas diariamente no SIAFI pelo setor de conformidade exercem papel relevante na gestão de riscos e no controle da função orçamentária e financeira do governo, bem como gera importante informação para os gestores públicos e para o desenvolvimento de trabalhos futuros nos Controles Interno e Externo na gestão de riscos.

Essa certificação é realizada enquanto os atos e fatos de gestão são praticados cotidianamente constituindo-se, portanto, em uma forma de controle interno simultâneo, compreendido como:

O controle interno compreende o plano de organização e o conjunto coordenado dos métodos e medidas, adotados pela empresa, para proteger seu patrimônio, verificar a exatidão e a fidedignidade de seus dados contábeis, promover a eficiência operacional e encorajar a adesão à política traçada pela administração.

Nesse contexto, é comum a celebração de uma grande variedade de contratos entre o governo e as pessoas jurídicas para que os setores da administração pública funcionem. São comuns contratos administrativos de prestação de serviço ou de venda de materiais, para os quais os órgãos públicos contam com fiscais e gestores de contratos para averiguar constantemente o cumprimento das obrigações deles decorrentes. Essa atribuição não decorre exclusivamente da lei, mas também é condição indispensável a uma eficiente gestão administrativa.

O estudo de caso procurou comprovar que o modelo proposto e implementado de checklist e a sua respectiva aplicação constitui efetiva ferramenta de apoio para realizar a

certificação da Conformidade de Registro de Gestão, além de apresentar vários benefícios no aprimoramento da gestão de riscos e nas certificações dos pagamentos realizados em uma Unidade Gestora, resguardando o Ordenador de Despesas como gestor público, em observância às Instruções Normativas do STN.

O estudo desenvolveu-se também com o objetivo de verificar se os gestores públicos estão protegidos para executar as autorizações de pagamentos na atividade que exercem, não só no que diz respeito ao processo de compra e contratação, mas também no controle dos pagamentos dos contratos administrativos.

De acordo com o Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO, 2004), o sistema de controle interno tem três objetivos primários nas organizações: (1) a eficácia e eficiência das operações; (2) a confiabilidade dos relatórios financeiros; e (3) a conformidade com leis e regulamentos aplicáveis.

As falhas nestes objetivos acarretam perdas em diversas organizações porque seus controles internos não impedem a ocorrência de eventos de riscos. Para evitar ou mitigar esses riscos, o setor de conformidade da Defensoria Pública da União construiu um modelo de checklist para subsidiar as suas certificações objetivando a diminuição de riscos.

Dessa forma, neste estudo procurou-se comprovar se o modelo de checklist utilizado tem sido um instrumento adequado no controle da execução orçamentária e se auxilia na certificação da conformidade de registro de gestão.

Constar que a dificuldade para realizar a certificação da Conformidade de Registro de Gestão no SIAFI pode ser resolvida com a aplicação do uso sistematizado do checklist como instrumento no controle da execução orçamentária reduzindo os riscos no uso dos recursos públicos.

O estudo baseou-se nos seguintes objetivos: 1) descrever o cenário da conformidade de registro de gestão da DPU sem a utilização de um checklist e em seguida descrever o cenário com a aplicação do checklist construído pelo setor de conformidade do órgão mencionado; 2) descrever a construção e a implementação do modelo de checklist desenvolvido pelo setor de conformidade na DPU; 3) apresentar casos reais em que um apontamento originado da aplicação do checklist e o respectivo reporte à gestão deflagrou a implementação de ações corretivas na DPU; 4) demonstrar os benefícios identificados com aplicação do modelo de checklist; 5) e, por fim, verificar o grau de importância da análise de um setor de conformidade no controle preventivo nos mais distintos tipos de execução já mencionadas, no sentido de possibilitar a redução de risco na aplicação dos recursos.

1. A CONFORMIDADE DE REGISTRO DE GESTÃO

A execução orçamentária, patrimonial e financeira abrange uma vasta quantidade de processos de registros que resultam na contabilização dos recursos e atos públicos por meio do SIAFI. Este, por sua vez, realiza todo o processamento, controle e execução destas informações geradas.

A Conformidade de Registros de Gestão formaliza o monitoramento desses atos na Administração Pública e processa a certificação dos registros dos atos e fatos de execução orçamentária, financeira e patrimonial incluídos no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) e da existência de documentos hábeis que comprovem as operações.

As certificações efetuadas limitam-se a expedir duas espécies de parecer: “sem restrição” e “com restrição”. Se não houver nenhum problema documental referente ao registro no SIAFI, a análise será certificada como “sem restrição”. Porém, se houver alguma inconsistência documental ou mesmo nos registros do SIAFI deve-se notificar o acontecido em relação a inconsistência registrando-se “com restrição”.

Estas certificações de Conformidade de Registro de Gestão devem ter o rigor das normas, a independência dos gestores e o equilíbrio analítico.

Uma análise de conformidade eficaz, quando detecta uma inconsistência, protege os interesses da instituição e dos seus gestores com a razoável garantia de que as atividades da Administração Pública estejam de acordo com as leis e regulamentações além de apontar potenciais melhorias para as operações internas.

2. O PLANO DE CERTIFICAÇÃO

Uma certificação de Conformidade de Registro de Gestão não pode ser realizada apenas para encontrar inconsistências para o preenchimento de um checklist ou mesmo para registrar o código de restrição no SIAFI.

Uma boa estratégia de certificação de conformidade necessita de um bom Plano de Certificação (Planning Certification) que servirá como alicerce do checklist dos documentos e das ações realizadas no SIAFI.

Normalmente um bom plano de certificação para uma análise de sucesso contempla as seguintes informações:

- Conteúdo documental organizado dividido em tópicos;
- Perguntas em aberto direcionado aos principais documentos a serem certificados;
- Possíveis cenários de inconsistências documentais;
- Uma lista dos documentos a serem avaliados, especificando também a fonte da informação;
- Para os riscos elevados, gatilhos para o envolvimento do ordenador de despesas;
- Documentação bem arquivada dos documentos do processo.

As certificações das análises documentais e dos fatos ocorridos no SIAFI podem ser extremamente complexas e não cabe aqui esgotar a totalidade deste tema. O termo “cada caso é um caso” cabe de forma perfeita nos setores de conformidade. Como regra geral as análises mais aprofundadas deverão servir para trazer novas informações que, até então, desconhecidas ou mesmo ratificar as informações já conhecidas. Uma boa análise de conformidade sempre é aquela que tem um objetivo claro, que foi bem planejada, que foi conduzida em um ambiente neutro, que é realizada sem pressa nem interrupções e que

propicie um ambiente seguro para o analista.

Uma certificação de conformidade precisa ser documentada com a elaboração de um relatório detalhado. Os fatos identificados devem ser reunidos de forma coerente com a facilitação da compreensão para todos os potenciais receptores.

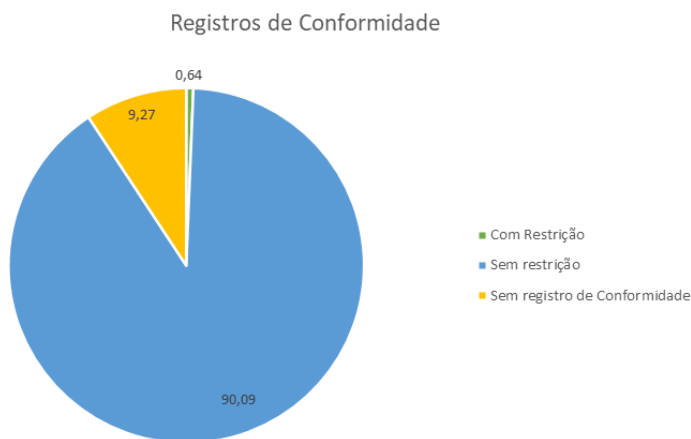
A partir disso, é aconselhável comunicar os responsáveis pelas práticas de governança do órgão, a chefia dos envolvidos e as áreas de compliance.

Importante destacar que o responsável pelo setor de conformidade não é quem possui a competência para sanear as inconsistências ou aplicar as sanções administrativas no caso de irregularidades, porém, busca garantir que as inconformidades apontadas sejam comunicadas e regularizadas a tempo evitando o registro de conformidade “com restrição” no SIAFI, fragilizando a gestão do ordenador de despesa da DPU.

3. CENÁRIO ANTERIOR SEM O USO DO CHECKLIST

No levantamento realizado por GARCIA FILHO (2013, p. 7) no SIAFI em âmbito nacional publicado no XXXVII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração/2013 – EnANPAD demonstrou que, de 2008 a 2012, foram efetuados 3.557.320 registros de conformidade de gestão, dos quais:

| Conformidade Registrada | 2008-2012 (%) | Registros |
|------------------------------|---------------|------------------|
| “Com Restrição” | 00,64 | 22.767 |
| “Sem restrição” | 90,09 | 3.204.790 |
| Sem registro de conformidade | 9,27 | 329.763 |
| Σ | 100 | 3.557.320 |



Fonte: gráfico elaborado pelo autor.

Do universo pesquisado pelo autor percebe-se que a quantidade de registros de conformidade “sem restrição” é superior a 90% do montante. Deduz-se que, ante o percentual elevado desta espécie de registro, a maior parte dos setores de conformidade dos órgãos da Administração Pública federal não efetuam o registro da conformidade em seus órgãos.

Assim, a conformidade de registro de gestão não vem cumprindo seu papel de acordo com os dispositivos legais. Principalmente se considerarmos que 99,96% documentos não tiveram nenhum tipo de restrição (falhas formais, erros ou irregularidades), o que certamente é muito improvável de ocorrer num universo desta magnitude.

Dentre as potenciais razões propulsoras dessa situação é que o marco legal (IN/STN) não foi acompanhada de uma sistemática ou um processo de trabalho que orientasse a forma de se realizar uma certificação de conformidade. Existindo, atualmente, apenas um manual para a realização do registro no SIAFI, sem, contudo, haver o detalhamento do procedimento de análise da conformidade documental confrontando-os com os registros contábeis do sistema.

Estes registros devem ser precedidos de inúmeros critérios de análise documental cujos parâmetros mínimos não são disponibilizados aos conformistas no bojo da IN/STN como as que se referem às matérias de natureza tributária, contratual, de classificação orçamentária e retenção previdenciária.

Quando foi criado o setor de conformidade as certificações ocorriam de forma precária porque não havia servidores suficientes e modelos prévios para a execução das atividades de certificação documental para os registros de gestão que atendessem adequadamente as exigências da Instrução Normativa nº 06/2007 - STN. Em suma, à época não havia nenhum instrumento de referência para análise confiável. A seguir um quadro cronológico das mudanças ocorridas para o aprimoramento da certificação:

2012

Início das atividades do setor de conformidade (CACR -Coordenação de Análise e Conformidade dos Registros de Gestão)

O setor de conformidade na DPU iniciou as suas atividades, mesmo que de forma precária para atender as exigências da IN n.º 06/STN. As primeiras análises eram superficiais dado que o volume de documentos que eram gerados era elevado e significativamente maior do que a força de trabalho disponível para atender a demanda.

2013

Capacitação da equipe do setor de conformidade

Ocorre a capacitação do corpo técnico dos servidores para realizar o registro de conformidade. Aprimoramento das atividades de conformidade. Os documentos de análise passaram a conter nova denominação de “*Registro de Conformidade*”.

2014 Criação de relatórios de conformidade com especificação do código de restrição idêntico aos do Sistema de Administração Financeira do Governo federal - SIAFI

Criação de Relatórios de conformidade

2015 Criação de um modelo de checklist para nortear a análise documental.

Implementação dos primeiros Checklists

2016 Alteração regimental da subordinação hierárquica do setor de conformidade, transpondo-o para o nível de Assessoria. O setor passou a compor a assessoria direta da SGE nos processos de conformidade de gestão. CACR para ASERG.

Mudança de nível hierárquico do setor de conformidade

2017 Foram criados documentos distintos dentro dos processos eletrônicos: Conformidade com/sem restrição, Checklist de Conformidade e Certificação. Antes, todos estavam em um mesmo documento.

Criação dos códigos de restrição

2018 Segmentação em quadros, segundo o objeto de análise (tributário, contratual, SIAFI) contribuindo com a celeridade do exame, a qualidade das análises e a confiabilidade das certificações.

Segmentação do Checklist em quadros

2019 Nova capacitação do corpo técnico dos servidores para o aprimoramento das atividades de conformidade no exame das matérias tributárias.

Capacitação da equipe do setor de conformidade

4. CENÁRIO COM O USO DO CHECKLIST

O marco significativo foi o impulso dado em 2015 ao projeto de criação de um modelo de checklist para nortear a análise documental, já que não existia, como dito antes, nenhum padrão estabelecido.

Todavia, o modelo proposto ainda continha imperfeições, dado que era um modelo incipiente, como a ausência de concatenação das informações de análise documental.

Atributos de análise mais aprofundado foram incorporados aos modelos de Checklist, prosseguindo com o seu aprimoramento. Neste período, foram criados documentos distintos dentro dos processos eletrônicos, denominados de “Conformidade com/sem restrição” e “Checklist de Conformidade”, separando o Checklist – instrumento de análise documental – da Certificação, que em todos os outros períodos citados estavam em um mesmo documento.

A ausência de concatenação do modelo que antes era incipiente foi suprida com a segmentação em quadros. Os quadros foram divididos por objeto de análise segundo uma

seqüência de temas a serem examinados pelos conformistas evitando-se dois extremos: a incidência de análises esparsas ou o aprofundamento da verificação aproximando-se de uma auditoria. Em ambos os casos, a análise da conformidade é comprometida seja quanto à celeridade ou à eficiência da sua aplicação.

Dessa forma, a elaboração dos quadros e a sua respectiva incorporação ao Checklist contribuiu com a celeridade e a qualidade nas análises, além da confiabilidade das certificações. A segmentação deu-se conforme destacado a seguir:

Tabela 1 - Checklist de Conformidade (análise por segmento)

| | |
|----------|---|
| QUADRO 1 | IDENTIFICAÇÃO DOS DADOS DOS DOCUMENTOS FISCAIS |
| QUADRO 2 | (ANÁLISE DO DOCUMENTO FISCAL x PROCESSO CONTRATUAL x LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA) |
| QUADRO 3 | (ANÁLISE DA NOTA DE EMPENHO x PROCESSO CONTRATUAL x SIAFI) |
| QUADRO 4 | ORDEM BANCÁRIA-OB |
| QUADRO 5 | DARF-DF (se NÃO optante do Simples Nacional) |
| QUADRO 6 | GUIA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - GP |
| QUADRO 7 | DOCUMENTAÇÃO ARRECADAÇÃO MUNICIPAL - DAR - DR - ISS |
| QUADRO 8 | ORDEM BANCÁRIA-OB ISS (boleto ISS) |

Fonte: gráfico elaborado pelo autor.

No ano de 2018, com as novas medidas de implementação do uso sistemático do Checklist associado aos novos instrumentos já mencionados verificou-se que em comparação com o diagnóstico citado, a DPU alcançou um percentual relativamente significativo de conformidades com restrições em um cenário com a utilização do Checklist.

| Total Registrado: | ANO | | Média Biênio (%) |
|----------------------------|------|-------|------------------|
| | 2017 | 2018* | |
| Conformidade sem restrição | 7649 | 8351 | 95% |
| Conformidade com restrição | 484 | 281 | 5% |

Fonte: gráfico elaborado pelo autor.

Concluiu-se que comparativamente com o cenário geral dos setores de conformidade, a utilização no âmbito da DPU de um Checklist elaborado especificamente para análise de conformidade oferece um alcance maior dos objetivos da área e de atuação como 2ª linha de defesa para a gestão.

5. A CONFORMIDADE COMO 2ª LINHA DE DEFESA DA GESTÃO

A aplicação do Checklist na certificação da Conformidade de Registro de Gestão é mais um instrumento de controle da gestão.

Apesar de ter em sua essência uma finalidade de cumprimento legal, a conformidade de registro de gestão pode extrapolar o aspecto meramente formal e atuar com uma segunda linha de defesa para a Administração quando através de seus instrumentos, como o Checklist, é capaz de fornecer informações relevantes sobre os principais riscos detectados durante o exame da execução orçamentária e financeira.

Esse papel do setor de conformidade promove o fortalecimento e a consolidação dos controles internos no âmbito da gestão pública propõe dessa forma aumentar a possibilidade de que os objetivos e metas estabelecidos possam ser alcançados de forma eficiente e mais econômica.

A Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01, de 10 de maio de 2016, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal demonstra a importância da Conformidade de Registro de Gestão como uma das linhas de defesa:

a) o item V do artigo 2º da Instrução Normativa conceitua controles internos da gestão como sendo o “conjunto de regras, procedimentos, diretrizes, protocolos, rotinas de sistemas informatizados, conferências e trâmites de documentos e informações, entre outros, operacionalizados de forma integrada pela direção e pelo corpo de servidores das organizações, destinados a enfrentar os riscos e fornecer segurança razoável de que, na consecução da missão da entidade, os seguintes objetivos gerais serão alcançados”. b) o artigo 11, III, a Instrução Normativa define atividades de controles internos como sendo “atividades materiais e formais, como políticas, procedimentos, técnicas e ferramentas, implementadas pela gestão para diminuir os riscos e assegurar o alcance de objetivos organizacionais e de políticas públicas. Essas atividades podem ser preventivas (reduzem a ocorrência de eventos de risco) ou detectivas (possibilitam a identificação da ocorrência dos eventos de risco), implementadas de forma manual ou automatizada.

6. CONCLUSÃO

No âmbito da DPU, a **Secretaria-Geral Executiva (SGE)** exerce função administrativa executiva vinculada diretamente ao DPGF sendo aquela que pratica diversos atos de gestão – por delegação – relativas ao suporte para a execução das atividades fins do órgão.

Por exercer o papel de ordenador de despesa o ocupante da **Secretaria-Geral Executiva** ele possui funções de assessoramento superior. E, da mesma forma, é assessorado na execução de suas atividades rotineiras por Secretarias hierarquicamente subordinadas.

Comumente, a SGE volta-se à execução das diretrizes básicas de funcionamento do órgão como folha de pessoal, licitações e contratações, pagamentos etc.

Nesse sentido, porém, compreende-se que as assessorias podem exercer um papel, além de executivo, de auxílio na tomada de decisões da Secretária-Geral Executiva.

O setor de conformidade com a utilização dos instrumentos adequados de trabalho – como o Checklist elaborado, aprimorado e consolidado – consegue atingir esse objetivo de suporte ao ordenador de despesa, seja para salvaguardá-lo da ocorrência de impropriedades e irregularidades praticadas por si ou por suas Secretarias subordinadas, seja para fortalecer a tomada de decisões com medidas inovadoras ou apenas ações corretivas.

O que se conclui do estudo de caso é que todo o processo de elaboração do modelo de Checklist, construção das suas diretrizes e implementação resultou no melhoramento das atividades do setor de conformidade, assim como na evidenciação das informações que por ele transita.

Além disso, constatou-se que a aplicação desse instrumento permitiu o aumento da quantidade de documentos analisados, a qualidade da análise tornou-se objetiva e consistente e os dados obtidos passaram a ser consolidados e confiáveis.

Esses benefícios reunidos à necessidade de um fornecimento de informações para a gestão, o Checklist também permitiu a mitigação de riscos e a correção tempestiva de impropriedades constatadas.

Por fim, elenca-se a partir do caso concreto e por meio da pesquisa-ação alguns benefícios constatados derivados da utilização do Checklist na análise e certificação da Conformidade de Registro de Gestão:

- Proteger o Ordenador de Despesas e o Gestor financeiro
- Melhorar a performance dos pagamentos
- Encorajar a assertividade
- Aumentar a probabilidade de alcance dos objetivos
- Melhorar alocação dos recursos
- Proporcionar base confiável para a tomada de decisão
- Melhorar a governança
- Melhorar a confiança das partes interessadas
- Oferecer segurança razoável aos gestores
- Identificar e avaliar a severidade do risco
- Proporcionar uma abordagem sistemática e disciplinada

REFERÊNCIAS

ATTIE, Willian. **Auditoria: Conceitos e Aplicações**, 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional (STN). Instrução Normativa STN nº 06, de 31 de outubro de 2007. Disponível em: e . Acesso em 14 de outubro de 2018.

BRASIL. Instrução Normativa Conjunta MP/CGU Nº 01, de 10 de maio de 2016, que estabelece a adoção de uma série de medidas para a sistematização de práticas relacionadas a gestão de riscos, controles internos e governança. Disponível em: Acesso em 02 de setembro

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Gestão de Riscos e Controles Internos no Setor Público. 55p. Abril de 2017.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 4ª. ed. São Paulo: Manole Ltda, 2016.

COSO - COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. 2004. Enterprise Risk Management – Integrated Framework: Executive Summary, New York, AICPA. 2004.

GARCIA FILHO, Ronaldo Cardoso. Conformidade de Registro de Gestão – Apostila Básica. Brasília/DF: ABOP-Associação Brasileira Orçamento Público – Capacitação e Treinamento, 2014.

GARCIA FILHO, Ronaldo Cardoso et al. O Papel da Conformidade de Registro de Gestão no Controle Preventivo do Ciclo Orçamentário: Um importante instrumento de sinalização para a auditoria e redução de riscos de impropriedades ou irregularidades na gestão pública federal. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO – EnANPAD, XXXVII., 2013, Rio de Janeiro.

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

GUIDELINES FOR AUTHORS

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

A Revista da Defensoria Pública da União, editada pela Defensoria Pública da União desde 2009, publica trabalhos inéditos sobre temas relacionados à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à Justiça. Os artigos passam por análise prévia e sumária, oportunidade em que são avaliados aspectos meramente formais, como a compatibilidade do conteúdo com a temática proposta pelo periódico, e posterior avaliação cega por pares.

LINHA EDITORIAL

A temática sobre a qual se debruçam os autores desta Revista é bastante ampla, porém há de se ressaltar que a sua especificidade se verifica na abordagem das mudanças inscritas no Direito contemporâneo, nas práticas jurídicas, além das peculiaridades da atual sociedade de consumo, marcada pela acelerada exclusão, pelo individualismo exacerbado e, ao mesmo tempo, permeada pelo avançado desenvolvimento tecnológico.

Por força da complexidade dessas transformações, a linha editorial da Revista incentiva uma abordagem transdisciplinar e crítica da temática proposta, a qual deverá criar condições para uma interlocução do discurso jurídico com os discursos sociológicos, filosóficos, historiográficos, economicistas, da ciência política e vice-versa. Da mesma forma, incentiva, por meio das resenhas, a divulgação de textos acadêmicos de relevância, por vezes inacessíveis a muitos porque existentes apenas em língua estrangeira. Por fim, objetiva, ainda, acompanhar a evolução da jurisprudência pátria, por meio da análise de julgados relevantes e afins à proposta temática.

SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Os artigos, resenhas, estudos de caso e boas práticas institucionais devem ser inéditos, escritos em português, espanhol, francês, italiano ou inglês e deverão ser submetidos por meio do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas, disponível no seguinte endereço: <http://revistadadpu.dpu.def.br>.

Os **artigos** devem conter de 15 a 25 laudas. Textos com extensão diversa serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem conter até 7 laudas; as **boas práticas e os estudos de caso**, até 10 laudas; devem apresentar: cabeçalho com referência da obra original ou do julgado e nome do autor; e não precisam ser precedidos de resumo. Obras clássicas não serão objeto de publicação da Revista da DPU.

FORMATAÇÃO

Os artigos deverão ser encaminhados com as seguintes regras de formatação:

- Editor de texto: **Word for Windows**;
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 13, para notas de rodapé e citações longas, tamanho 11**;
- Espaçamento: **1,5cm (entre linhas)**;
- Alinhamento: **justificado**.

TEXTO

A primeira página do artigo deve conter:

- Título, em fonte maiúscula, negrito, centralizado (português e inglês);
- Resumo em português, de 100 a 250 palavras, alinhamento justificado;
- Palavras-chave: até 5 palavras, alinhamento justificado;
- Abstract: resumo traduzido para o inglês;
- Keywords: até 5 palavras traduzidas para o inglês;
- Sumário: seções numeradas progressivamente em algarismos arábicos.

CITAÇÕES, NOTAS DE RODAPÉ E REFERÊNCIAS

Devem seguir as normas da ABNT (NBR 10520 e 6023). As referências no corpo do texto deverão ser no modelo nota de rodapé. O sistema autor-data não será aceito.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Todas as normas que regem a publicação encontram-se disponíveis na página da Revista da Defensoria Pública - <http://revistadadpu.dpu.def.br/index> -, na aba “Submissão de Artigos”. Outras informações podem ser obtidas junto à Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicações pelo e-mail **publicacoes.esdpu@dpu.def.br**.

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

GUIDELINES FOR AUTHORS

The Journal of the Public Defender's office the Union, edited by the Federal Public Defender's of the Union since 2009, publishes unpublished works about topics assigned to the Public Defender, to the promotion of Human Rights and access justice. The articles undergo to prior and summary analysis, opportunity in which aspects purely formals are assessed, like the compatibility of the content with the proposed themes by the journal, and post double-blind review evaluation.

EDITORIAL LINE

The theme on which the authors focus in this Journal is quite wide, however, it is important to emphasize that its specificity is evident in the approach of the changes entered in the Contemporary Law, in the legal practices, in addition of the peculiarities of the current consumer society, marked by accelerated exclusion, by the exacerbated individualism, and at the same time, permeated by advanced technological development.

By virtue of the complexity of these transformations, the editorial line of the Journal encourages a transdisciplinary and critical approach of the proposed themes, which should create conditions for a dialogue of the legal discourse with the sociological discourses, philosophicals, historiographics, economics, of the political science, and vice versa. In the same way, it encourages, by means of the reviews, the dissemination of relevant academic texts, sometimes inaccessible to many because they exist only in foreign language. Finally, it also intends to track the evolution of the jurisprudence homeland, through an analysis of relevant judged and related to the proposed theme.

SUBMISSION OF PAPERS

The articles, reviews and good practices/case studies must be unpublished, written in Portuguese, Spanish, French, Italian or English. Papers should be sent to the e-mail: **publicacoes.esdpu@dpu.gov.br**.

The **Articles** should contain from 5500 words. Larger texts will be published, at the discretion of the editor, if their size is justifiable.

The **reviews** contain from 1500 words, and good practices/case studies contain up to 2000 words; and present: header with reference of the original work or of the judged and the author's name. Do not need to be preceded by an abstract.

FORMATTING

The articles should be submitted with the following formatting rules:

- Text Editor: **Word for Windows**;
- Font: **Times New Roman, size 13, for footnotes and long quotations, size 11**;
- Spacing: **1,5cm (between lines)**;
- Alignment: **justified**.

TEXT

The first page of the article should contain:

- The title, in uppercase font, bold and centered (Portuguese and English);
- Abstract in Portuguese, of 100 to 250 words, alignment justified;
- Keywords: up to 5 words, alignment justified;
- Abstract: translated abstract into English (from 100 to 250 words), alignment justified.
- Keywords: up to 5 words translated to English.
- Summary: sections numbered progressively in Arabic numerals.

CITATIONS, FOOTNOTES, AND REFERENCES

Must follow the rules of ABNT (Brazilian Association of Technical Standards) - (NBR - Brazilian norm - 10520 and 6023). The references in the body of the text should be in the footnote template. The author-date system will not be accepted.

ADDITIONAL INFORMATION

All of the rules that govern the publication are available on the website of the Public Defender of the Union - www.dpu.gov.br/esdpu/revista -, in the section “Guidelines for authors”. In the same section, there are also article templates, review and comment to case law as an example. Other informations may be obtained from the Coordination of incentive to research an publication by the e-mail publicacoes.esdpu@dpu.gov.br.

The contributors to this Magazine enjoy the wider freedom of opinion and criticism, a responsibility of the ideas and concepts expressed in their works.



Escola Nacional da Defensoria Pública da União
Setor Bancário Sul, Quadra 2 – Bloco H – Lote 14 – sobreloja - 70.070-120- Brasília/DF
Tel.: (61) 3318-0287
Visite nosso site: <http://revistadadpu.dpu.def.br>
E-mail: publicacoes.esdpu@dpu.def.br