

MANUAL DE ATUAÇÃO FUNCIONAL

Dos Defensores Públicos de Minas Gerais

CORREGEDORIA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE MINAS GERAIS



5ª edição • 2016



**DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DE MINAS GERAIS**

**CORREGEDORIA-GERAL DA
DEFENSORIA DO ESTADO DE
MINAS GERAIS**

www.defensoria.def.mg.br
Unidade I – Capital
Rua Bernardo Guimarães, 2.640
Bairro Santo Agostinho
CEP 30140-85 – Belo Horizonte-MG

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Biênio 2014-2016

Defensora Pública-Geral: **Christiane
Neves Procópio Malard**

Subdefensor Público-Geral:
Wagner Geraldo Ramalho Lima

Corregedor-Geral:
Ricardo Sales Cordeiro

CONSELHO SUPERIOR | Biênio 2015-2017
Defensores públicos

Christiane Neves Procópio Malard
(presidente)

Wagner Geraldo Ramalho Lima
(membro nato)

Ricardo Sales Cordeiro
(membro nato)

Galeno Gomes Siqueira
(membro eleito, secretário)

Thiago Dutra Vaz de Souza
(membro eleito)

Fernando Campelo Martelleto
(membro eleito)

Erika Almeida Gomes
(membro eleito)

Fernando Orlan Pires Resende
(membro eleito)

Marco Túlio Frutuoso Xavier
(membro eleito)

REPRESENTANTE DA ENTIDADE DE
CLASSE | Adep MG:

Eduardo Cyrino Generoso (presidente)



MANUAL DE ATUAÇÃO FUNCIONAL

Dos Defensores Públicos de Minas Gerais

CORREGEDORIA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE MINAS GERAIS



5ª edição • 2016



PREFÁCIO

Com a missão constitucional de garantir o acesso à justiça, a igualdade entre as partes, o direito à efetivação de direitos e liberdades fundamentais, a Defensoria Pública torna-se uma das mais relevantes Instituições do Estado Democrático de Direito. A sua peculiar e impar atuação em prol dos hipossuficientes, seja no âmbito econômico ou jurídico, propicia a verdadeira inclusão social.

Nesse contexto, na qualidade de Instituição autônoma e integrante do Sistema de Justiça, a Defensoria Pública ganha contornos de imprescindibilidade, na medida em que, por meio da atuação de seus membros e servidores, reduz as desigualdades sociais existentes em nosso país e contribui para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, proporcionando uma cultura de paz.

Durante a nossa trajetória, alcançamos importantes avanços legislativos em níveis estadual e nacional, mas certos de que ainda temos muitos obstáculos a superar, para a efetivação plena de nossa missão constitucional.

A eficiência de nossa atuação exige constante capacitação e profissionalização dos Defensores Públicos e servidores que integram os quadros da Defensoria Pública mineira, aptos a promoverem a difusão e a conscientização dos direitos sociais.

Sob esse prisma, a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais elabora esta obra pioneira destinada à orientação e à harmonização de condutas dos órgãos de execução, nas mais diversas áreas do Direito.

Parabenizo a todos que se dedicaram à elaboração deste **Manual** e que certamente contribuirá para o aprimoramento da prestação de nossos serviços aos milhares de assistidos que depositam, em nossa Instituição, a esperança de alcançar a verdadeira justiça social.



APRESENTAÇÃO

A Corregedoria Geral da Defensoria pública do Estado de Minas Gerais, biênio 2014/2016, apresenta a 5ª edição do ***Manual de Atuação do Defensor Público***.

O ***Manual de Atuação do Defensor Público*** constitui um dos principais instrumentos de orientação da atividade funcional do membro da Defensoria Pública, e tem por finalidade principal divulgar informações gerais, normas internas, orientações funcionais, artigos jurídicos e petições, de interesse da Instituição e de seus órgãos de execução em razão de sua atuação funcional, visando a constante capacitação dos defensores públicos.

A presente edição é inovadora e decorre de um projeto de gestão que pretende prestigiar a atuação pedagógica e preventiva do órgão correccional através da orientação funcional de seus membros e evitar, sempre que possível, a atividade disciplinar punitiva, influenciando diretamente na redução da instauração de processos administrativos.

Outro projeto estabelecido nesta gestão consiste na realização frequente de inspeções e correções visando, igualmente, o fortalecimento das orientações funcionais e a aproximação do órgão com o defensor público propiciando a criação uma política de transparência institucional e estreitando o laço de confiança, respeito e visibilidade da Corregedoria-Geral com os defensores públicos.

A 5ª edição do ***Manual de Atuação*** alterou por completo o conteúdo das edições anteriores, excluindo as normas legais e os atos normativos internos (deliberações do Conselho Superior, Portarias e etc.) sob o entendimento de que tais informações são obtidas facilmente pelas fontes de consultas institucionais, a exemplo da intranet da Defensoria Pública. Por outro lado, foram incluídos na obra diversos artigos jurídicos, pareceres e os roteiros práticos de atuação dos defensores públicos em cada um dos diversos eixos temáticos ligados à missão institucional de prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita aos necessitados.



Inicialmente, o **Manual** faz uma incursão sobre a estrutura organizacional da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, apresentando os diversos órgãos que compõem a Administração Superior (Gabinete da Defensoria Pública-Geral, Subdefensoria Pública-Geral, Corregedoria, Superintendências e Diretorias), as Defensorias Especializadas, as Coordenações da Capital, Regionais e Locais discorrendo de forma sucinta sobre suas definições e atribuições de cada órgão, de forma a proporcionar ao leitor um conhecimento geral da Instituição e sua interação entre as áreas de atuação e execução das atividades finalísticas com a de gestão administrativa.

Posteriormente, são apresentadas as Orientações Funcionais da Corregedoria-Geral que foram reformuladas recentemente de acordo com a evolução da atuação finalística, com a informação sobre a revogação ou substituição daquelas cujos temas se mostraram superados.

Adentrando a abordagem técnico-finalística da atividade defensoral são apresentados os artigos jurídicos, pareceres e petições. Neste ponto, chama-se a atenção para o trabalho coletivo realizado por integrantes da Instituição e autoridades do mundo acadêmico e jurídico convidados para a apresentação dos temas, visando atribuir à obra um caráter democrático, aglutinador de ideias e divulgador dos temas afetos à Defensoria Pública “extra muros” sob a ótica dos diversos parceiros da Instituição.

Finalmente, o **Manual** aborda, de forma inovadora, os Roteiros Práticos de Atuação. Neste ponto, são apresentados os temas recorrentes de atuação da Defensoria Pública sob o enfoque da atuação cotidiana do defensor público, mostrando o passo-a-passo a ser seguido pelo órgão de execução desde o atendimento ao assistido, a solução extrajudicial do litígio, o ajuizamento da demanda ou da resposta do réu.

Os roteiros tratam desde a atuação na tutela coletiva, direitos humanos, direito sanitário, violência doméstica, infância e juventude, pessoa idosa e da pessoa com deficiência, direito do consumidor, medidas de urgência criminal, atuação em matéria criminal e atuação em matéria cível buscando, ao máximo, o exaurimento de todos os temas.

Frise-se, oportunamente, conforme consta da advertência contida no corpo do trabalho, que não se pretende com o presente **Manual** adentrar-se na esfera da independência funcional do defensor público ligada a sua atuação técnico-jurídica, mas, pelo contrário, fornecer-lhe elementos que possam incentivar e contribuir na sua atividade finalística. Dessa forma, o conteúdo presente neste **Manual** não vincula o posicionamento da Administração Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Por outro lado, o projeto adotou como princípio básico a atuação coletiva de vários membros da Instituição como colaboradores na confecção do **Manual**, proporcionando-lhe um caráter democrático. A obra busca afirmar os princípios da unidade e indivisibilidade institucional e balizar uma consciência coletiva e solidária sobre a atuação do defensor público em prol da assistência jurídica integral e gratuita colocada à disposição dos mais necessitados, uma vez que o leitor poderá enxergar através da leitura a participação efetiva de seu par na elaboração dos mais variados temas aqui propostos.



Sob esse espírito solidário é que prestamos nossos agradecimentos aos colaboradores desse **Manual**, nobres defensores públicos e autoridades do meio acadêmico e jurídico; à Administração Superior da Defensoria Pública pelo apoio ao projeto, aos assessores da Corregedoria-Geral, responsáveis pelo recebimento dos trabalhos e revisão final e, em especial, ao **Dr. Marcelo Paes Ferreira da Silva**, idealizador e organizador do projeto da 5ª edição do **Manual de Atuação do Defensor Público**.

RICARDO SALES CORDEIRO
Corregedor-Geral



ADVERTÊNCIAS

- As ideias, manifestações e opiniões contidas neste **Manual** não são uniformes, sendo cada colaborador responsável pelo teor de sua contribuição. Dessa forma, o conteúdo presente neste **Manual** não vincula o posicionamento da Administração Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.
- Os roteiros práticos de atuação observaram o modelo de redação legislativa, cujos contornos encontram-se delineados na Lei Complementar Federal nº 95/98. Dessa forma, o trabalho de revisão zelou pela clareza, precisão e ordem lógica das orientações, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis.
- As notas de rodapé foram utilizadas como recurso metodológico apto a garantir que o volume de informações não ensejasse a perda de simplicidade e objetividade das contribuições.
- Por fim, considerando o caráter dinâmico do fenômeno jurídico, recomendamos que a leitura do presente **Manual** seja feita de forma contextualizada com as mais recentes alterações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.





AGRADECIMENTOS ESPECIAS

Defensor público Marcelo Paes Ferreira da Silva,
idealizador e organizador do projeto

Defensores públicos colaboradores

Autoridades do meio acadêmico e jurídico

Administração Superior da DPMG

Assessores da Corregedoria-Geral

LISTA DE COLABORADORES

REVISÃO

Corregedor-Geral Ricardo Sales Cordeiro (coordenador)

*Defensor Público Marcelo Paes Ferreira da Silva
(idealizador e organizador)*

Defensor Público Cirilo Augusto Fiuza Saldanha de Vargas

Defensor Público Diego Soares Ramos

Defensor Público Francisco de Assis de Castro Calcagno

Defensor Público Luciano Hanna Andrade Chaves

Defensor Público Ronivaldo Robson do Nascimento Chaves

ARTIGOS JURÍDICOS, PETIÇÕES E PARECERES:

Defensor Público Glauco David de Oliveira Sousa

Defensor Público Holden Macedo da Silva

Defensor Público Francisco de Assis de Castro Calcagno

Defensora Pública Cleide Aparecida Nepomuceno

Defensor Público Renato Faloni de Andrade

Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes

Juiz de Direito Herbert José de Almeida Carneiro

Juiz de Direito Thiago Colnago Cabral

Professor Ricardo de Lins e Horta

Defensora Pública Flávia Marcelle Torres Ferreira de Moraes

Acadêmica Luiza Born Mendanha

Professor Fernando Gonzaga Jayme

Procurador do Município Marcelo Veiga Franco

Defensor Público Cirilo Augusto Fiuza Saldanha de Vargas

Defensora Pública Alessa Pagan Veiga

Defensora Pública Luciana Leão Lara

Defensor Público Ronivaldo Robson do Nascimento Chaves

Defensor Público Rafael Henrique de Magalhães Souza

Defensora Pública-Geral Christiane Neves Procópio Malard

Defensora Pública Marina Gomes de Carvalho Pinto

Defensor Público Cláudio Miranda Pagano



ROTEIROS PRÁTICOS DE ATUAÇÃO

Tutela Coletiva:

Defensor Público Lucas Diz Simões
Defensor Público Renato Faloni de Andrade
Defensor Público Roger Vieira Feichas

Direitos Humanos:

Defensor Público Aylton Rodrigues Magalhães
Defensora Pública Cleide Aparecida Nepomuceno

Saúde:

Defensor Público Bruno Barcala Reis
Defensor Público Rodrigo Audebert Andrade Delage

Violência Doméstica:

Defensora Pública Samantha Vilarinho Mello Alves
Defensora Pública Sarah Durço Vianna

Infância e Juventude:

Defensor Público Alexandre Henrique Oliveira Barbosa
Defensora Pública Renata Salazar Botelho Guarani

Idoso e Deficiente:

Defensor Público Estêvão Machado de Assis Carvalho
Defensora Pública Fernanda Cristiane Fernandes H. Milagres

Consumidor:

Defensor Público Daniel Firmato de Almeida Glória
Defensor Público Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira

Urgências Criminais:

Defensora Pública Karina Rodrigues Maldonado
Defensor Público Leonardo Carvalho Carreira

Atuação Penal:

Defensor Público Adalberto Pelli
Defensor Público Adhemar Della Torre Netto
Defensora Pública Alessa Pagan Veiga
Defensora Pública Ariane de Figueiredo Murta
Defensora Pública Cláudia Costa de Almeida
Defensora Pública Cecília Madureira Batista Cruz
Defensora Pública Cibele Cristina Maffia Lopes
Defensor Público Conrado de Carvalho Araújo
Defensor Público Daniel Allyson Marra Pereira
Defensora Pública Darle Gonçalves
Defensora Pública Erika Almeida Gomes
Defensora Pública Erika Vanessa Nery Abreu
Defensor Público Glaydson Agostinho Pereira
Defensor Público Guilherme Tinti de Paiva
Defensor Público Ricardo Villela Martins Ferreira
Defensor Público Wilson Hallack Rocha

Atuação Cível:

Defensora Pública Daniele Rodrigues de Souza
Defensora Pública Dayanne Carla Mazzon D. Mendes
Defensor Público Guilherme Lisboa Tambasco
Defensor Público Leandro Coelho de Carvalho
Defensora Pública Luana Lagares Costa
Defensora Pública Juliana Maria Corrêa Campelo
Defensora Pública Marina Buck Carvalho Sampaio
Defensor Público Thiago Campos Soares Melo Franco
Defensor Público Vinícius Paulo Mesquita

Segunda Instância e Tribunais Superiores:

Defensora Pública Carina Bicalho Piacenza
Defensora Pública Evelyn Maria Pereira Santa Bárbara
Defensor Público Guilherme Tinti de Paiva
Defensor Público Jayme Henrique Abreu Júnior
Defensora Pública Maria Angélica Feliciano Barreiros
Defensor Público Maurício Rocha Fontoura





ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

A administração superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais é composta por quatro órgãos, a saber: Defensoria Pública-Geral, Subdefensoria Pública-Geral, Conselho Superior e Corregedoria-Geral. Referidos órgãos possuem como característica marcante as funções de direção, controle e decisão da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

1 - DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL

Definição

A Defensoria Pública-Geral é órgão da administração superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais responsável pela direção da Instituição e tem como principal responsabilidade dirigir a Instituição, velando pelo cumprimento de suas finalidades. É o órgão responsável pela gestão administrativa, financeira e de pessoal. Tem como chefe o Defensor Público-Geral do Estado, nomeado pelo Governador para mandato de dois anos, permitida uma recondução, a partir de lista tríplice formada pelos votos dos membros da carreira. O Defensor Público-Geral é a autoridade que preside o Conselho Superior e representa, judicial e extrajudicialmente, a Defensoria Pública.

Atribuições

As atribuições do Defensor Público-Geral do Estado de Minas Gerais encontram-se elencadas, primordialmente, no art. 9º da Lei Complementar Estadual nº 65/2003.

Gabinete

O Gabinete é chefiado por defensor público escolhido pelo Defensor Público-Geral. Referida função, no âmbito da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, possui suas atribuições fixadas por meio da Resolução nº 71, de julho de 2013. Segundo referido ato normativo, compete à Chefia de Gabinete: auxiliar o Defensor Público-Geral no encaminhamento de assuntos políticos e administrativos; coordenar e supervisionar a triagem, o despacho e o redirecionamento do expediente da Defensoria Pública-Geral; organizar a agenda institucional do Defensor Público-Geral; coordenar e supervisionar a secretaria do Gabinete; supervisionar a Assessoria de Comunicação Social e a Assessoria de Cerimonial; efetuar atendimentos por delegação do Defensor Público-Geral; subsidiar o Gabinete com informações necessárias para reuniões, conferências e palestras, e nos assuntos de comunicação social e imprensa; providenciar relatórios e atas afetos a suas atribuições; despachar o expediente da Defensoria Pública-Geral relativo às suas atribuições; encaminhar providências solicitadas; acompanhar sua execução e atendimento e exercer atividades correlatas e as que lhe forem delegadas pelo Defensor Público-Geral.



Assessorias do Gabinete

As atribuições das assessorias do gabinete são regulamentadas por meio das Resolução nº 70, de julho de 2013. De acordo com referidos atos normativos, os assessores do gabinete atuam, primordialmente, na elaboração e revisão do planejamento estratégico e do Plano Geral de Atuação (PGA), além de subsidiar a Defensoria Pública-Geral e a Subdefensoria Pública-Geral com informações pertinentes a sua área de atuação. Além disso, os assessores são responsáveis pela realização de reuniões, conferências e palestras, bem como, pela elaboração de pareceres, minutas de atos e relatórios, sem prejuízo do exercício de atividades correlatas e as que lhe forem delegadas pela Defensoria Pública-Geral e pela Subdefensoria Pública-Geral.

As assessorias do gabinete são divididas em três: assessoria institucional, assessoria de planejamento e infraestrutura e assessoria jurídico-institucional. Cada uma das assessorias possui atribuições próprias delimitadas pela resolução acima citada. Vejamos cada uma separadamente.

Assessoria Institucional

À Assessoria Institucional da Defensoria Pública-Geral compete: o monitorar as atividades finalísticas da Defensoria Pública, propondo medidas para aprimorar o seu desempenho; orientar a atuação institucional das coordenadorias regionais, locais e dos órgãos de execução da Defensoria Pública; auxiliar nos assuntos institucionais, políticos, legislativos, do CONDEGE (Conselho Superior e do Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais); cooperar nas atividades de representação político-institucional, inclusive no atendimento de autoridades e visitantes; monitorar o SIAPLE (Sistema de Acompanhamento de Projetos de Lei); analisar os relatórios estatísticos dos órgãos de execução encaminhados pela Corregedoria-Geral; opinar sobre a escala de férias e a atuação em plantões forenses, e sobre a interrupção, por conveniência do serviço, de férias ou licença de membros da Defensoria Pública e de seus servidores.

Assessoria de Planejamento e Infraestrutura

À Assessoria de Planejamento e Infraestrutura compete: auxiliar no planejamento e execução orçamentária da Defensoria Pública; supervisionar as licitações e a gestão dos contratos administrativos; auxiliar na elaboração e acompanhamento de projetos administrativos internos, inclusive os de execução do fundo penitenciário e de recursos provenientes de convênios e de emendas parlamentares; orientar as superintendências, diretorias e coordenadorias administrativas, quando necessário, sobre a aquisição, distribuição de equipamentos e mobiliário; auxiliar na elaboração de minuta do planejamento estratégico, bem como de sua revisão, e do Plano Geral de Atuação; orientar as coordenadorias regionais, locais e os órgãos de execução sobre procedimentos administrativos internos e opinar sobre a lotação dos servidores da Defensoria Pública.

Assessoria Jurídico-Institucional

À Assessoria Jurídico-Institucional compete: encaminhar os assuntos jurídico-institucionais e da Corregedoria-Geral; orientar a Assessoria Jurídica Administrativa (ASJUR), quando necessário; acompanhar os feitos judiciais de interesse do Gabinete e os que tenham cunho institucional, minutando e subscrevendo com o Defensor Público-Geral as respectivas manifestações processuais; acompanhar os procedimentos administrativos e os correccionais no âmbito da Defensoria Pública, minutando as respectivas manifestações do Defensor Público-Geral; analisar os conflitos de atribuições entre membros da Defensoria Pública e as recusas de patrocínio; sugerir os membros da carreira que serão designados para compor comissões administrativas ou processantes.



2 - SUBDEFENSORIA PÚBLICA-GERAL

A Subdefensoria Pública-Geral é órgão integrante da Administração Superior ocupado pelo Subdefensor Público-Geral. Na forma do que dispõe a Lei Complementar Estadual nº 65/2003, compete ao Subdefensor Público-Geral, dentre outras atribuições: integrar, como membro nato, na função de Vice-Presidente, o Conselho Superior da Defensoria Pública; exercer a coordenação e a supervisão das atividades administrativas e de apoio técnico da Defensoria Pública; assessorar o Defensor Público-Geral no exercício de suas atribuições; exercer, mediante delegação de competência, as atribuições que lhe forem conferidas pelo Defensor Público-Geral; fazer publicar os atos pertinentes ao expediente da Defensoria Pública; controlar, coordenar e zelar a execução dos convênios celebrados pela Defensoria Pública com órgãos públicos ou entidades.

Coordenação de Estágio e Serviço Voluntário

A Coordenadoria de Estágio e Serviço Voluntário da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais – CESV/DPMG é órgão de apoio técnico-administrativo diretamente subordinado à Subdefensoria Pública-Geral, até eventual criação e estruturação da Escola Superior e composto pelo Coordenador-Geral e pessoal administrativo necessário ao desempenho de suas atribuições. Compete à CESV/DPMG a coordenação e execução dos Programas de Estágio e de Serviço Voluntário da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, conforme o disposto na Lei 11.778/08 e na Deliberação nº 06/2011, com alterações promovidas pelas Deliberações nº 038/2011 e 03/2013, todas do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Coordenação de Projetos e Convênios

A Coordenadoria de Projetos e Convênios – CooproC – criada através da Resolução nº 061/2006 tem por finalidade prestar apoio aos órgãos de execução da Defensoria Pública na elaboração, captação de recursos, monitoramento e prestação de contas de Convênios e Termos de Parceria firmados com entes das esferas Federal, Estadual e Municipal, sendo responsável pela guarda documental desses convênios e pelos procedimentos de ajustes e correções necessárias no decorrer da execução, dentre outros. Possui ainda a atribuição de auxiliar na elaboração de projetos, programas e ações desenvolvidos pela DPMG e devido monitoramento. Também é responsável pela execução de projetos estruturadores.

Coordenadoria de Capacitação (CCap)

Promove a capacitação e qualificação dos membros e servidores da DPMG e da cidadania em geral, em temas técnico-jurídicos afetos à dinâmica institucional, aos direitos humanos e ao acesso a Justiça.



3 - CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Definição

O Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais é órgão da Administração Superior, incumbindo-lhe zelar pela observância dos princípios institucionais e exercer o poder normativo no âmbito da Defensoria Pública.

Na forma do disposto no art.101 da Lei Complementar Federal nº 80/94, com redação dada pela Lei Complementar Federal nº 132/09, a composição do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado deve incluir obrigatoriamente o Defensor Público-Geral, o Subdefensor Público-Geral, o Corregedor-Geral e o Ouvidor-Geral, como membros natos, e, em sua maioria, representantes estáveis da carreira, eleitos pelo voto direto, plurinominal, obrigatório e secreto de seus membros, em número e forma a serem fixados em lei estadual.

Atribuições

As atribuições do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais encontram-se previstas no art. 28 da Lei Complementar Estadual nº 65/2003. Dentre as atribuições, destacam-se: opinar, por solicitação do Defensor Público-Geral, sobre matéria pertinente à independência funcional e à autonomia administrativa da Defensoria Pública do Estado; indicar ao Defensor Público-Geral, em lista tríplice, os candidatos à promoção por merecimento; recomendar ao Defensor Público-Geral a instauração de processo administrativo-disciplinar contra Defensores Públicos e servidores auxiliares da Defensoria Pública; conhecer e julgar recurso contra decisão em processo administrativo-disciplinar; decidir sobre a destituição do Corregedor-Geral, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa; deliberar sobre a organização do concurso para ingresso na carreira; aprovar o Plano Geral de Atuação; representar ao Corregedor-Geral sobre a instauração de processo administrativo-disciplinar contra membro da Defensoria Pública; solicitar ao Corregedor-Geral da Defensoria Pública informações sobre a conduta e a atuação funcional de membro da Instituição, determinando a realização de visitas de inspeção para verificação de irregularidade no serviço, especialmente no caso de inscritos para a promoção ou remoção voluntária; conhecer dos relatórios reservados elaborados pela Corregedoria-Geral em inspeções e correições, recomendando as providências cabíveis; decidir, em sessão pública e pelo voto de dois terços de seus integrantes, sobre a avaliação e a permanência na carreira dos membros da Defensoria Pública em estágio probatório; aprovar o regulamento de estágio probatório elaborado pela Corregedoria-Geral; dar posse ao Defensor Público-Geral, nos termos do art. 8º desta lei complementar e aprovar o Regulamento Interno da Defensoria Pública.



4 - CORREGEDORIA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Definição

A Corregedoria-Geral é o órgão da Administração Superior da Defensoria Pública responsável pela fiscalização e pela orientação da atividade funcional e da conduta dos membros e servidores da Defensoria Pública. É representada pelo Corregedor-Geral, indicado entre os integrantes da classe mais elevada da carreira, em lista tríplice formada pelo Conselho Superior, e nomeado pelo Defensor Público-Geral, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Atribuições

Dentre as diversas atribuições da Corregedoria-Geral destacam-se: a orientação da atividade funcional e da conduta dos membros e servidores da Defensoria Pública; a realização de inspeções e correições funcionais nos núcleos e nos serviços da Defensoria Pública; o recebimento e processamento de representação contra Defensor Público; o acompanhamento da atuação do Defensor Público durante o estágio probatório, mediante avaliação permanente de seu desempenho; a expedição de instruções, sem caráter vinculativo e no limite de suas atribuições, visando à regularidade e ao aperfeiçoamento das atividades da Defensoria Pública, bem como à independência funcional de seus membros; a convocação de Defensores Públicos para deliberação sobre matéria administrativa ou de interesse da Instituição e desempenhar outras atribuições previstas em lei ou no Regulamento Interno da Defensoria Pública.

Assessoria

A Corregedoria-Geral é composta por três assessorias. A assessoria institucional é responsável por prestar orientação da atividade funcional e da conduta dos membros e servidores da Instituição, bem como, responder as consultas formuladas por terceiros. A assessoria de estágio probatório orienta e acompanha a atuação do Defensor Público durante o estágio probatório, mediante avaliação permanente de seu desempenho. Por fim, a assessoria disciplinar exerce as funções disciplinares legalmente atribuídas à Corregedoria-Geral, especialmente no que toca às averiguações preliminares, sindicâncias e processos administrativos disciplinares.



5 - ASSESSORIA JURÍDICA

A Assessoria Jurídica é órgão de controle responsável pela análise de contratos e procedimentos administrativos da Defensoria Pública-Geral mediante elaboração de memorandos, notas jurídicas e pareceres. Referido órgão ainda auxilia o Defensor Público-Geral na prestação de contas junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

6 - ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO, CERIMONIAL E RELAÇÕES PÚBLICAS

A Assessoria de Comunicação (ASCOM) é responsável pela divulgação da imagem, da missão, das ações e dos objetivos estratégicos da Defensoria Pública. Divide-se em três áreas de atuação: Jornalismo e Atendimento à Imprensa, Relações Públicas e Cerimonial e Comunicação Visual.

Jornalismo / Imprensa: Responsável pela produção de matérias para alimentação do site institucional e intranet, elaboração de pautas e releases, sugestões e agendamentos de entrevistas e respostas às demandas da mídia.

Cerimonial e Relações Públicas: O setor é responsável pela organização dos eventos institucionais, desde a elaboração até a execução final, bem como acompanhamento e assessoramento em eventos externos da Defensoria Pública-Geral, além de monitorar a agenda oficial da DPMG e respectiva cobertura.

Comunicação Visual: Responsável pela padronização do uso da representação gráfica da DPMG, pela produção de peças gráficas impressas e eletrônicas, material de identificação e sinalização, vinhetas e banners eletrônicos de ações institucionais.

7 - AUDITORIA INTERNA

A auditoria interna constitui o conjunto de procedimentos técnicos que tem por objetivo examinar a integridade, adequação e eficácia dos controles internos e das informações físicas, contábeis, financeiras e operacionais da DPMG.

8 - ASSESSORIA MILITAR

Atua como órgão facilitador dos processos de interação e integração da DPMG com os outros órgãos do sistema de Defesa Social e de Justiça, visando à promoção do bem comum.

9 - SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO DA INFORMÁTICA

A SGI (Superintendência de Gestão da Informática) é o setor de responsável por toda a estrutura computacional e de sistemas da DPMG. A Diretoria de Redes e Suporte é a responsável por realizar o suporte a usuários, reparo de equipamentos e manter a estrutura de redes funcional. A Diretoria de Desenvolvimento é responsável pelo desenvolvimento, integrações, correções e evoluções de sistemas da DPMG.



10 - SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO, GESTÃO E FINANÇAS

Responsável pela negociação, planejamento e execução orçamentária além da gestão de todos os contratos da DPMG.

DIRETORIA DE CONTABILIDADE E FINANÇAS

Responsável pela área contábil da DPMG, especialmente pelo empenho e liquidação de despesas; pagamento de diárias; pagamento de fornecedores e apropriação da folha de pagamento de pessoal.

DIRETORIA DE PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO

Responsável pela elaboração da proposta e acompanhamento da execução orçamentária no âmbito da DPMG.

DIRETORIA DE RECURSOS HUMANOS

Responsável pelos registros funcionais dos membros e servidores da DPMG, do ingresso ao desligamento; gestão dos contratos, designadamente daqueles celebrados com a MGS e ASPROM; elaboração da folha de pagamento de pessoal; concessão de direitos, vantagens e licenças aos servidores e membros da DPMG.

DIRETORIA DE RECURSOS LOGÍSTICOS E TECNOLÓGICOS

Responsável pelo gerenciamento do pessoal responsável pela limpeza, conservação e manutenção das dependências físicas da DPMG; gerenciamento dos setores de transportes, patrimônio, protocolo geral, compras e contratos.



11 - DEFENSORIAS ESPECIALIZADAS

As defensorias especializadas constituem órgãos de atuação da DPMG responsáveis pelo tratamento especializado de determinadas demandas que possuem especial apelo na sociedade permeada pela complexidade do fenômeno humano.

Defensoria Especializada do Consumidor

Destina-se ao atendimento dos consumidores domiciliados na capital mineira, com atuação em todas as áreas do Direito do Consumidor, com assistência jurídica integral, extrajudicial e judicial, com a interposição de ações na justiça comum.

Tem relevante participação na reestruturação de dívidas, com a negociação das mesmas diretamente com alguns fornecedores. Atua, também, no âmbito do Juizado Especial das Relações de Consumo, em sede de recursos e contrarrazões.

Defensoria Especializada na Defesa da Mulher Vítima de Violência

Especializada no atendimento qualificado das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Realiza orientações jurídicas relativas às demandas judiciais e extrajudiciais, postulação e acompanhamento de medidas protetivas de urgência, nos termos da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e elaboração de ações iniciais de família (divórcio, guarda, alimentos, reconhecimento e dissolução de união estável e outras). Atualmente, a Defensoria Especializada na Defesa da Mulher Vítima de Violência está instalada nas seguintes comarcas: Belo Horizonte, Betim, Contagem, Montes Claros, Itajubá e Araguari.

Defensoria Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais

A Defensoria Pública atua no apoio comunitário e institucional em Direito do terceiro setor; na instauração de PADI – Procedimento Administrativo de Instrução; monitoramento das violações de Direitos Humanos dos encarcerados do Sistema Penitenciário de Minas Gerais; peticionamento no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Sistema Universal de Monitoramento de Direitos Humanos (ONU).

Exemplos de atuação: Biodireito; pessoas em situação de rua; conflitos fundiários rurais e socioambientais; conflitos fundiários urbanos; atuação junto às comunidades Quilombolas; participação no Conselho Estadual de Direitos Humanos (Conedh), Comitê em Educação em Direitos Humanos (Comedh), Comitê Municipal de Acompanhamento e Monitoramento de Políticas Públicas para a População de Rua, dentre outros; educação em Direitos Humanos; ajuizamento de ações individuais em casos emblemáticos de violação de Direitos Humanos e mediação de conflitos de forma extrajudicial, por intermédio do programa Mesc – Paz em Ação, voltado para atuação dentro do ambiente escolar.

Defensoria Especializada do Idoso e Pessoa com Deficiência

A Defensoria Especializada do Idoso e da Pessoa com Deficiência atua na defesa judicial ou extrajudicial das pessoas idosas (acima de 60 anos) e das pessoas com deficiência, desde que haja violação de direitos específicos dessas parcelas da população. Realiza, ainda, mediações de conflitos, visando a dirimir extrajudicialmente os conflitos de interesse envolvendo idosos e pessoas com deficiência.

Alguns exemplos de atuação judicial são: ação de interdição de pessoas incapazes, ação de alimentos em favor de idosos, ação com pedido de vaga em ILPI (instituição de longa permanência para idosos), pedido de passe livre para pessoa com deficiência, pedido de vaga em escola especial para pessoa com deficiência, ações relativas à acessibilidade de prédios públicos, etc.



Defensoria Especializada da Infância e Juventude – Ato Infracional e Cível

A Defensoria Pública Especializada da Infância e Juventude – Ato Infracional integra o CIA (Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Atos Infracionais), juntamente com o Poder Judiciário, Ministério Público, Subsecretaria de Atendimento de Medidas Socioeducativas (SUASE), Polícias Civil e Militar e Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, num trabalho integrado de atendimento aos adolescentes autores de atos infracionais.

No âmbito cível, a Defensoria Pública Especializada de Infância e Juventude presta assistência jurídica às crianças e adolescentes nas causas em que esta condição etária específica for preponderante na violação de direitos, mediante atendimento aos assistidos, propositura de ações, acompanhamento de processos, interposição de recursos e prestação de informações às partes.

Defensoria Especializada da Saúde

Atua na busca de soluções às demandas de saúde pública, afetas aos assistidos da Defensoria Pública, principalmente da comarca de Belo Horizonte. Tal atuação tem como intuito a integração de todo o sistema de saúde, sempre com a finalidade do alcance da melhor atenção dos serviços dirigidos a cada caso.

Exemplos de atuação: a busca da concretização pelo Estado pela vias administrativa e judicial; do direito à saúde, por meio de fornecimento de medicamentos, realização de exames, tratamentos diversos, consultas, etc.

Defensoria Especializada em Urgências Criminais

A Defensoria Pública Especializada de Urgências Criminais busca garantir o livre exercício dos direitos fundamentais através da postulação, judicial e extrajudicialmente, de medidas de urgência tendentes à colocação em liberdade de acusados presos. As demais atribuições da referida especializada foram devidamente regulamentadas pela Deliberação nº 5/2011 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Defensoria Especializada de Segunda Instância e Tribunais Superiores

Atua na 2ª Instância do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tanto na área de direito público, quanto na área de direito privado, assim como também promove ações, medidas e recursos judiciais para outros Tribunais Superiores. As atribuições da Defensoria Pública Especializada de Segunda Instância e Tribunais Superiores foram devidamente regulamentadas pela Deliberação nº 19/2009 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Defensoria Especializada de Segunda Instância e Tribunais Superiores – Cível – Público e Privado

É da competência do Desits/Cível o acompanhamento de todos os recursos judiciais encaminhados ao TJMG, oriundos de processos que tenham a participação da Defensoria Pública, advindos de todas as comarcas.

Cabe ao Desits/Cível tomar todas as medidas e recursos judiciais no TJMG e em outros Tribunais Superiores, a fim de defender os interesses dos assistidos. São também de competência exclusiva do Desits/Cível os processos originários do TJMG, tais como rescisórias e cautelares.

Defensoria Especializada de Segunda Instância e Tribunais Superiores – Criminal

Possui atribuições para atuar nos processos em trâmite na 2ª Instância, após a apresentação das razões e contrarrazões recursais, elaboradas pelo Defensor Público com atuação na primeira instância.

É responsável por acompanhar os feitos de competência originária do Tribunal de Justiça, postulados pelo Defensor Público com atuação na primeira instância, tais como habeas corpus, mandado de segurança em matéria criminal e revisão criminal. Além disso, postula, junto ao STJ e STF, as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.



12 - COORDENAÇÕES DA CAPITAL

Coordenação de Atendimento

A coordenação de atendimento da capital é responsável pelo atendimento das pessoas que buscam os serviços de assistência jurídica da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. No âmbito da jurisdição cível, as regras gerais para atendimento encontram-se previstas na Deliberação nº 15/2011.

Coordenações Cível, Criminal e de Família e Sucessões

Cabe aos coordenadores fixar diretrizes para o atendimento dos assistidos; resolver casos de conflitos, designando defensores; organizar escala de férias, mantendo a continuidade dos trabalhos, assim procedendo também nos demais casos de afastamento; atender assistidos que demonstrem insatisfação, reduzindo as reclamações a termo e mediando possíveis soluções, antes de encaminhar ao Corregedor-Geral; buscar soluções interinstitucionais para problemas verificados pelos defensores; coordenar boletim informativo, com decisões atuais e matérias relevantes para estudo contínuo dos defensores; realizar projetos, dentre outras ações relevantes; criar juntamente com os defensores coordenados cartilhas e diligenciar para sua criação e impressão; realizar rodas de estudo para atualização dos defensores públicos e construção de referenciais de atuação; firmar convênios interinstitucionais para cumprimento de determinações legais; representar a Defensoria Pública nas solenidades oficiais; dentre outras atribuições delegadas pelo Defensor Público-Geral.

13 - COORDENAÇÕES REGIONAIS

As Coordenações Regionais da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais são órgãos de atuação voltados para o apoio e facilitação das atividades das Defensorias Públicas em âmbito regional criados para aperfeiçoar e integrar o funcionamento da Defensoria Pública e dar maior apoio operacional aos Defensores Públicos nos diversos órgãos de atuação e regiões do Estado. As Coordenadorias Regionais são compostas por um Defensor Público, designado livremente pelo Defensor Público-Geral, que exercerá a função de Coordenador Regional da Defensoria Pública e pelos serviços auxiliares que se fizerem necessários.

Referidas coordenações foram criadas pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais por meio das Deliberações nº 17/2010 e 05/2012 e buscam concretizar o princípio constitucional da eficiência na administração pública (art.37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil) por meio da adoção de um modelo de desconcentração administrativa.

De acordo com os atos normativos acima citados, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais conta, atualmente, com vinte e duas coordenações Regionais, a saber:

- 1) CAPITAL ATENDIMENTO (Atendimento ao Público da capital e Central de Relacionamento com o Cidadão);
- 2) CAPITAL CÍVEL (1ª a 38ª Defensorias Cíveis, 1ª a 3ª Defensorias Cíveis do Barreiro, Defensoria de Cooperação do Barreiro, 1ª a 3ª Defensorias Fazendárias Municipais, 1ª a 4ª Defensorias Fazendárias Estaduais, Defensoria Fundiária, Defensoria de Registros Públicos e 1ª a 3ª e 5ª Defensorias dos Juizados);
- 3) CAPITAL CRIMINAL (1ª a 17ª Defensorias Criminais; 1ª a 3ª Defensorias de Tóxicos; 1ª a 3ª Defensorias Militares; 1ª e 2ª Defensoria do Júri; Defensoria de Execuções Penais e 4ª Defensoria dos Juizados);



- 4) METROPOLITANA (Barão de Cocais, Belo Vale, Betim, Bonfim, Brumadinho, Caeté, Contagem, Esmeraldas, Ibirité, Igarapé, Itabira, Itabirito, Jaboticatubas, Lagoa Santa, Matozinhos, Nova Lima, Paraopeba, Pedro Leopoldo, Ribeirão das Neves, Sabará, Santa Bárbara, Santa Luzia, Sete Lagoas e Vespasiano);
- 5) METALÚRGICA (Carandaí, Congonhas, Conselheiro Lafaiete, Entre Rios de Minas, Mariana, Ouro Branco, Ouro Preto, Piranga, Prados, Resende Costa e São João Del Rei);
- 6) JEQUITINHONHA (Capelinha, Conceição do Mato Dentro, Corinto, Curvelo, Diamantina, Itamarandiba, Minas Novas, Rio Vermelho, Sabinópolis, Serro, Três Marias e Turmalina);
- 7) CENTRO-OESTE (Abaeté, Arcos, Bambuí, Bom Despacho, Bom Sucesso, Campo Belo, Candeias, Carmo da Mata, Carmo do Cajuru, Carmópolis de Minas, Cláudio, Divinópolis, Dolores do Indaiá, Formiga, Iguatama, Itaguara, Itapeverica, Itaúna, Lagoa da Prata, Luz, Martinho Campos, Mateus Leme, Morada Nova de Minas, Nova Serrana, Oliveira, Pará de Minas, Passa Tempo, Pitangui, Pompéu e Santo Antônio do Monte);
- 8) VALE DO RIO DOCE (Aimorés, Conselheiro Pena, Galiléia, Governador Valadares, Guanhães, Inhapim, Itanhomi, Mantena, Peçanha, Resplendor, São João Evangelista, Tarumirim e Virgínia);
- 9) VALE DO AÇO (Açucena, Alvinópolis, Coronel Fabriciano, Ferros, Ipatinga, João Monlevade, Mesquita, Nova Era, Rio Piracicaba, São Domingos do Prata e Timóteo);
- 10) MATA I (Além Paraíba, Alto Rio Doce, Andrelândia, Barbacena, Barroso, Bicas, Guarani, Juiz de Fora, Lima Duarte, Mar de Espanha, Matias Barbosa, Mercês, Rio Novo, Rio Pomba, Rio Preto, Santos Dumont e São João Nepomuceno);
- 11) VERTENTE DO CAPARAÓ (Abre Campo, Carangola, Caratinga, Divino, Espera Feliz, Ipanema, Jequeri, Laginha, Manhumirim, Manhuaçu, Mutum, Raul Soares e Rio Casca);
- 12) NORTE (Bocaiúva, Brasília de Minas, Buenópolis, Coração de Jesus, Espinosa, Francisco Sá, Grão-Mogol, Janaúba, Janaína, Manga, Montalvânia, Monte Azul, Montes Claros, Pirapora, Porteirinha, Rio Pardo de Minas, Salinas, São Francisco, São João da Ponte, São Romão, Taiobeiras e Várzea da Palma);
- 13) NOROESTE (Arinos, Bonfinópolis de Minas, Buritis, João Pinheiro, Paracatu, Unaí e Vazante);
- 14) SUDOESTE (Alpinópolis, Carmo do Rio Claro, Cássia, Guapé, Ibiraci, Itamogi, Jacuí, Monte Santo de Minas, Nova Resende, Passos, Piumhi, Pratápolis, São Roque de Minas e São Sebastião do Paraíso);
- 15) ALTO RIO PARDO (Andradas, Areado, Botelhos, Cabo Verde, Caldas, Campestre, Guaranésia, Guaxupé, Jacutinga, Machado, Monte Belo, Muzambinho, Poço Fundo, Poços de Caldas e Santa Rita das Caldas);
- 16) SUL DE MINAS (Borda da Mata, Brasópolis, Bueno Brandão, Cachoeira de Minas, Camanduiba, Cambuí, Cristina, Extrema, Itajubá, Itamonte, Itanhandu, Monte Sião, Natércia, Ouro Fino, Paraisópolis, Passa Quatro, Pedralva, Pouso Alegre, Santa Rita do Sapucaí e Silvianópolis);

17) MATA II (Cataguases, Ervália, Eugénópolis, Leopoldina, Miradouro, Mirai, Muriaé, Palma, Pirapetinga, Ponte Nova, Senador Firmino, Teixeiras, Tombos, Ubá, Viçosa e Visconde do Rio Branco);

18) MUCURI (Água Formosa, Almenara, Araçuaí, Carlos Chagas, Itambacurí, Jacinto, Jequitinhonha, Malacacheta, Medina, Nanuque, Novo Cruzeiro, Pedra Azul, Santa Maria do Suacuí e Teófilo Otoni);

19) TRIÂNGULO I (Araxá, Campina Verde, Campos Altos, Conceição das Alagoas, Conquista, Frutal, Ibiá, Itapagipe, Iturama, Perdizes, Sacramento, São Gotardo, Tiros e Uberaba);

20) TRIÂNGULO II (Araguari, Canópolis, Capinópolis, Carmo do Paranaíba, Coromandel, Estrela do Sul, Ituiutaba, Monte Alegre de Minas, Monte Carmelo, Nova Ponte, Patos de Minas, Patrocínio, Prata, Presidente Olegário, Rio Paranaíba, Santa Vitória, Tupaciguara e Uberlândia);

21) CIRCUITO DAS ÁGUAS (Aiuruoca, Alfenas, Baependi, Boa Esperança, Cambuquira, Campanha, Campos Gerais, Carmo de Minas, Caxambu, Conceição do Rio Verde, Cruzília, Elói Mendes, Itumirim, Lambari, Lavras, Nepomuceno, Paraguaçu, Perdões, São Gonçalo do Sapucaí, São Lourenço, Três Corações, Três Pontas e Varginha);

22) CAPITAL FAMÍLIA E SUCESSÕES (1ª a 15ª Defensorias das Famílias e 1ª a 3ª Defensorias de Sucessões).

14 - COORDENAÇÕES LOCAIS

A teor do que dispõe o art. 42 da Lei Complementar Estadual nº 65/2003, nas Defensorias Públicas com mais de um cargo de Defensor Público, haverá um Defensor Público como coordenador e seus substitutos, designados pelo Defensor Público-Geral.

Compete ao coordenador local, dentre outras atribuições legais: coordenar as atividades desenvolvidas pelos Defensores Públicos que atuem em sua área de competência; sugerir ao Defensor Público-Geral providências para o aperfeiçoamento das atividades institucionais em sua área de competência; promover reuniões mensais internas para a fixação de orientações, sem caráter vinculativo, e para deliberação sobre matéria administrativa, com comparecimento obrigatório, salvo motivo justificado; presidir, mediante designação do Defensor Público-Geral, processo administrativo-disciplinar relativo a infrações funcionais dos seus servidores; encaminhar aos órgãos da Administração Superior da Defensoria Pública sugestões para o aprimoramento dos serviços e solicitar os recursos necessários ao desenvolvimento de suas atividades; prestar ao Defensor Público-Geral e ao Corregedor-Geral todas as informações pertinentes às atividades da Defensoria Pública em sua área de atuação; receber reclamações contra a atuação de Defensores Públicos e encaminhá-las à consideração do Corregedor-Geral; sugerir e encaminhar a celebração de convênio ou ajuste com entidade pública ou privada, visando à melhoria e à expansão dos serviços da Defensoria Pública e, se implantado, exercer a coordenação e o controle da sua execução na respectiva área de competência; estimular a integração e o intercâmbio entre órgãos de execução que atuem na mesma área de atividade e tenham atribuições comuns; estabelecer intercâmbio permanente com entidades ou órgãos públicos ou privados que atuem em áreas afins.

O coordenador exercerá suas atribuições pelo período de um ano, permitida uma recondução e o exercício da função será considerada para apuração do mérito na ocasião da promoção.



ORIENTAÇÕES FUNCIONAIS

OF Nº 01: Atuação da Defensoria Pública de Minas Gerais em continuidade a assistência deflagrada por Defensoria Pública de Estado diverso da Federação – prerrogativa daquela instituição de reexame da condição de hipossuficiência da parte representada e da plausibilidade jurídica da pretensão – exercício da autonomia administrativa e funcional.

OF Nº 02: “Nomeação” de Defensor Público pela autoridade judiciária – inadequação técnica – recebimento de despacho como “vista” dos autos – autonomia institucional para apuração do estado de vulnerabilidade do beneficiário da assistência jurídica e avaliação de hipótese de atuação institucional.

OF Nº 03: Assistência Criminal: Independência Funcional: Prerrogativa decorrente da autonomia institucional – inexistência de hierarquia funcional na consecução da atividade-fim do Defensor Público – liberdade de exercício da convicção profissional – possibilidade de atuação em dissonância com a vontade da parte assistida – elemento técnico especializado e princípio da ampla defesa.

OF Nº 05: Negativa de patrocínio de assistência jurídica – independência funcional – liberdade de exercício da convicção técnico-jurídica no âmbito dos princípios, objetivos e funções institucionais (LCF 80/94, artigos 3º, 3º – A) – possibilidade de atuação em dissonância com a vontade da parte assistida – comunicação obrigatória da negativa de patrocínio ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu procedimento – direito do assistido da Defensoria Pública de ter sua pretensão revista no caso de recusa de atuação pelo Defensor Público (LCF 80/94, art. 4º – A, III).

OF Nº 06: Atuação institucional em favor de cidadãos dotados de suficiência financeira – justificativa pautada no estado de vulnerabilidade e hipossuficiência do objeto da pretensão – processo de adoção de menores carentes – irrazoabilidade – desvio de finalidade – impossibilidade de se confundir política social de governo com finalidade institucional de estado.

OF Nº 07: Intimação pessoal: prerrogativa de compreensão indescutível da necessidade de acesso ao conteúdo integral dos autos com vista – intimação via mandado judicial ou carta com aviso de recebimento – inadmissibilidade – garantia imprescindível ao exercício eficaz das atribuições do cargo de Defensor Público – art. 74, I, da LC nº 65/03: pormenorização de prerrogativa já estatuída na LCF 80/94 – prerrogativa afastada, no âmbito do Juizado Especial Criminal, pela jurisprudência pacífica do STF – habeas corpus nº 76.915-0/RS – julgamento pelo órgão plenário em 17.6.98.

OF Nº 012: Atuação institucional justificada na defesa da parcela vulnerável da população – procurador constituído nos autos – vedação – comando normativo interno – Deliberação nº 11/2005/CSDPMG – atuação condicionada à obtenção de renúncia, revogação do contrato de mandato ou requerimento ao juízo para intimação da parte potencialmente beneficiária para, caso queira, desconstituir o patrono.

OF Nº 014: Prática de atos típicos e inerentes ao cargo de Defensor Público por Servidores atingidos pela ADI nº 3.819-2/STF – dever de abstenção cujo cumprimento deve se operar, por dever de observância aos atos normativos internos, a partir de 22/5/08 (data de publicação e vigência de deliberação do conselho superior sobre o tema).

OF Nº 016: Realização de atendimento em estabelecimento particular – vedação – atendimento fora das dependências da Instituição – Deliberação 16/2005/CSDPMG – possibilidade condicionada à manutenção da conveniência ao beneficiário da assistência jurídica, à preservação do interesse público e à caracterização de um elemento facilitador ao exercício das atribuições do cargo.

OF Nº 017: Candidato a cargo eletivo que exerce as funções de estagiário da Defensoria Pública – desincompatibilização – necessidade – captação ilícita de votos – possibilidade – resguardo à finalidade institucional – princípios constitucionais da moralidade, eficiência e impessoalidade.

OF Nº 018: Determinação judicial de comparecimento diário de Defensor Público à secretaria do juízo com o fim de receber as intimações relativas aos feitos por ele patrocinados – ingerência atentatória à autonomia da Defensoria Pública – matéria que insere no âmago da independência funcional do Defensor Público de estabelecer, segundo a sua criteriosa convicção e conveniência, a ordem, os critérios e a rotina dos trabalhos por ele desenvolvidos.

OF Nº 019: Atuação nos feitos de competência da Justiça Federal (incluída a hipótese de delegação de competência prevista no art. 109, §3º, da CR/88), Trabalhista e Eleitoral – atribuição da Defensoria Pública da União (LCF nº 80/94, art. 14 caput) – atuação da Defensoria Pública Estadual – possibilidade condicionada à celebração de convênio (LCF 80/94, art. 14, § 1º da LCF nº 80/94).

OF Nº 020: Assistência da Defensoria Pública apenas em determinados atos do processo – modelo destoante das finalidades constitucionais da Instituição, por não incluir a atribuição de suprimento ad hoc de advogado constituído, além de contrariar o comando constitucional da assistência jurídica integral – situação que ressalta o dever de abstenção do Defensor Público – invocação da Deliberação nº 11/2005 do Conselho Superior que, interpretada teleologicamente, impõe tal dever pela tão só existência de outro profissional legalmente habilitado no feito, afigurando-se irrelevante em que condição nele haja atuado.

OF Nº 021: Realização de plantões de atendimento ao público em no mínimo dois dias por semana – limitação constante da Deliberação nº 013/2014 do Conselho Superior, que não tem o condão de afastar o dever funcional de comparecimento diário do Defensor Público ao órgão de atuação para o exercício de inúmeras outras atribuições do cargo, em horário razoável e compatível às necessidades do trabalho – faculdade de elaboração de peças processuais fora da sede da Defensoria Pública que também não afasta o dever de comparecimento diário – carga horária diária de comparecimento ao local de atuação determinada pela exigência do serviço, ante a inexistência de jornada legalmente fixada ao Defensor Público.

OF Nº 023: Condução de audiência de conciliação por estagiário sem a presença de Defensor Público, que participaria apenas com a ratificação final do ato – impossibilidade fundada na inviabilidade de controle efetivo, pelo Defensor, da eficiência empreendida na prestação da assistência jurídica pelo estagiário – possibilidade de desvio da finalidade institucional mediante o risco da prestação de assistência jurídica meramente formal e aparente pela Defensoria Pública.

OF Nº 024: Estágio Probatório – relatório trimestral de atividades – art. 10, §2º da Deliberação nº 9/2005/CSDPMG (regulamento de estágio probatório) – rol meramente exemplificativo – impossibilidade de enumeração legal exaustiva das modalidades de peças processuais das mais diversificadas searas de atuação do Defensor Público – mens legis voltada para a instrução do relatório com peças de maior conteúdo jurídico e produção intelectual de seu autor, sem a necessária vinculação às modalidades prescritas no regulamento.



OF Nº 026: Sujeição do Defensor Público ao Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – descabimento – competência exclusiva da Corregedoria-Geral para a fiscalização da conduta funcional – exclusividade justificada na autonomia constitucional da Defensoria Pública e na capacidade postulatória do membro da Instituição, que decorre unicamente da nomeação e posse no cargo – inteligência do art. 4º, § 6º, da Lei Complementar nº 80/94, acrescido pela Lei Complementar nº 132/09.

OF Nº 028: Representação do assistido pela Defensoria Pública. Liame de natureza público-estatutária, originado da dicção da lei e da investidura do agente no cargo público, e não da outorga de mandato. Intelcção do art. 128, XI, *in fine*, da Lei Complementar nº 80/94 e art. 74, XI, *in fine*, da Lei Complementar Estadual nº 65/03. Atecnia da exigência de mandato para a outorga de poderes especiais, bastando a anuência do assistido com os termos da petição, seja pela assinatura conjunta na peça, seja pela expressa menção do Defensor Público à autorização conferida pelo assistido.

OF Nº 029: Dignidade da pessoa humana – direito fundamental – ofensa a assistido durante realização de ato processual – necessidade de registro do fato nos autos, a fim de viabilizar futura reparação.

OF Nº 030: Execução penal – procedimento administrativo para apuração de faltas disciplinares - assistência jurídica, integral e gratuita, que deve ser prestada pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais – dever da Defensoria Pública de patrocinar a defesa do reeducando no procedimento administrativo eventualmente instaurado para apuração das faltas disciplinares – hipótese de promoção ampla da defesa dos direitos fundamentais dos necessitados.

OF Nº 031: Defensoria Pública – carreira jurídica que, por comando constitucional, não se confunde com a advocacia, seja em suas modalidades pública ou privada – ausência de ilícito administrativo-disciplinar na conduta do Defensor Público que solicita o cancelamento de sua inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

OF Nº 032: Juizados Especiais – faculdade legal de, nas causas de valor até vinte salários mínimos, serem as partes assistidas por advogado – obrigatoriedade legal de assistência jurídica nas causas cujo valor seja superior a vinte salários mínimos – balizas fixadas pela Lei 9.099/95 que não elidem a assistência jurídica a ser prestada pela Defensoria Pública em todos os feitos de competência do Juizado Especial, independentemente do valor da causa – promoção do acesso à ordem jurídica justa.

OF Nº 033: Artigo 79, I, da Lei Complementar Estadual nº 65/2003 - dever funcional de o Defensor Público residir na localidade onde exerce suas funções – artigo 1º da Deliberação 16/2005, do Conselho Superior, excepcionalidade ao aludido dever funcional – balizas fixadas pelo ato normativo em referência – vedação aos membros da Instituição de fixação de residência em Estado diverso da Federação – precedente do Conselho Superior.

OF Nº 034: Coordenação Local – possibilidade de distribuição de tarefas, como forma de se assegurar a continuidade do serviço público – prerrogativa que não abrange a fixação ou modificação de atribuições de órgão da Defensoria – competência da Administração Superior.

OF Nº 035: Órgão de atuação – Defensoria de Cooperação – Deliberação nº 011/2009 do CSDPMG – abrangência – atribuição ampla – modificação – necessidade de normatização pelo Conselho Superior ou pela Defensoria Pública-Geral, nos termos da Resolução Conjunta nº 01/2014.

OF Nº 036: Coordenações locais e de núcleos específicos, funções de confiança da Defensoria Pública-Geral, cujo exercício ocorre sem o prejuízo das funções institucionais, nos termos do disposto no artigo 42, Caput, da Lei Complementar Estadual 65/03 – aos órgãos de execução de determinada Defensoria Pública é vedada a supressão, ainda que parcial, das atribuições legais do cargo de Defensor Público de quem exerça a função de Coordenador – falta funcional – tal supressão, se eventualmente ocorrer, só pode se dar por motivos de conveniência e oportunidade da Defensoria Pública-Geral, por meio de ato administrativo próprio.

OF Nº 037: Infância e juventude e curador para velar pelos interesses da criança e do adolescente – a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente vocacionada à prestação de assistência jurídica aos necessitados – necessidade que não se restringe à capacidade econômica das partes, possuindo outras vertentes, como a vulnerabilidade técnica e jurídica – assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado a ser exercida necessariamente pela Defensoria Pública, nos termos do disposto no artigo 4º, §5º, da Lei Complementar 80/94 – acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, a teor do disposto no artigo 141, Caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente – função institucional de atuar na qualidade de curador especial, consoante se extrai dos artigos 5º, VIII, da Lei Complementar 65/03 e 4º, XI e XVI, da Lei Complementar 80/94 – artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de 1989, artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e artigo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, igualdade na relação processual, respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, direito de a criança ou o adolescente serem ouvidos nos processos judiciais e administrativos que lhes respeitem, seja diretamente, seja por meio de representante ou de instituição adequada – recomenda-se ao Defensor Público a atuação na qualidade de curador especial de crianças e adolescentes, inclusive, nos casos de acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do disposto nos artigos 142, parágrafo único, e 148, parágrafo único, “f”, do estatuto da criança e do adolescente e 9º, inciso I, do código de processo civil.

OF Nº 038: Processo penal e intimação de sentença – termo inicial do prazo recursal – intimação da Defensoria Pública anterior à do assistido – artigo 45, III, da Lei Complementar Estadual 65/03 – à defesa técnica impõe-se a análise da interposição de recurso independentemente da manifestação do assistido – a Defensoria Pública, por meio de seu órgão de execução, ao receber a intimação de sentença penal deve, na oportunidade, interpor o recurso cabível, ao invés de solicitar ao juízo posterior abertura de vista à Instituição após a intimação do assistido, tendo em vista a eventualidade da intimação deste não ser procedida com o esclarecimento acerca da possibilidade de interposição de recurso, bem como do prazo recursal, e da nova vista ser concedida à Defensoria já após o decurso do prazo recursal – trânsito em julgado – intempestividade recursal - ocorrência de prejuízo ao assistido.

OF Nº 039: Processo penal e mandado de citação do réu – denunciado que ao receber o mandado de citação para apresentar resposta à acusação declara que irá apresentá-la por meio de advogado constituído, contudo não o faz – hipótese de atuação da Defensoria Pública – artigo 8º, item 2, alínea e, do Pacto de San José da Costa Rica – a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente vocacionada à prestação de assistência jurídica aos necessitados – necessidade que não se restringe à capacidade econômica das partes, possuindo outras vertentes, como as vulnerabilidades técnica e jurídica – assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo estado a ser exercida necessariamente pela Defensoria Pública, nos termos do disposto no artigo 4º, §5º, da Lei Complementar 80/94 – recomenda-se ao Defensor Público proceder entendimento com o magistrado, expondo a hipótese acima referida, solicitando que, na hipótese em que o denunciado não constitua advogado, os autos sejam encaminhados à Defensoria Pública para patrocínio da defesa criminal.



OF Nº 40: Execução penal e Lei 12.313/10 (art. 81-a da Lei 7.210/84) – Defensoria Pública – órgão da execução penal – Ratio Legis – proteção da liberdade – situação de vulnerabilidade que transcende a hipossuficiência econômica – atribuição do órgão – velar pela regular execução da pena e da medida de segurança – sentenciado com advogado constituído e cadastrado nos autos – irregularidade ou violação a direito da parte no processo executivo – dever de atuação da Defensoria Pública.

OF Nº 41: Parâmetros objetivos de hipossuficiência, sob o aspecto econômico-financeiro – Deliberação 017/2012/CSDPMG e Resolução Conjunta nº 01/2012 – diretrizes administrativas inafastáveis pela independência funcional – verificação casuística, pelo Defensor Público, acerca de elementos que permitam concluir não ter o interessado acesso, mesmo que transitariamente, aos recursos financeiros próprios ou da família – propriedade imobiliária ou mera perspectiva de recebimento de ativos pelo interessado, conjugada com ausência de liquidez patrimonial – estado de vulnerabilidade econômica caracterizado.

OF Nº 42: Representação do assistido pela Defensoria Pública. Liame de natureza público-estatutária originado da dicção da lei e da investidura do agente no cargo público, e não da outorga de mandato – Orientação Funcional nº 28 – “quebra de confiança” – impropriedade técnica e terminológica – fidúcia – elemento acidental na atividade institucional – hipótese de impossibilidade de prestação do serviço público em razão de animosidade entre Defensor Público e assistido – negativa de atendimento sujeita a confirmação pela Defensoria Pública-Geral (LCF 80/94, art. 4º – a, III) – princípios constitucionais da eficiência e da impessoalidade.



SUMÁRIO

PARTE PRIMEIRA

Dos Artigos Jurídicos, Pareceres e Petições

1 –	LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS	
1.1	Defensoria Pública: origem e evolução legislativa.....	51
1.2	Atuação funcional coordenada e cooperação entre as Defensorias Públicas	94
1.3	Independência funcional: natureza jurídica e contornos	104
1.4	O poder de requisição da Defensoria Pública como instrumento de garantia de acesso à informação de moradores de assentamentos irregulares ameaçados de remoção.....	110
1.5	O inquérito civil e seus sucedâneos	120
1.6	A atuação da Defensoria Pública numa perspectiva crítica: para além do debate ideológico sobre a criminalidade e (apesar) da disputa de poder (inter) institucional.....	130
1.7	A Defensoria Pública enquanto reflexo do regime democrático no sistema de justiça criminal	143
1.8	Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial	151
1.9	Direito à identidade de gênero: alteração de nome e gênero no registro civil	163
1.10	O contraditório no novo Código de Processo Civil.....	173
1.11	Curador especial da parte ausente: natureza jurídica, poderes e atividade processual	192
1.12	Súmula nº 421 do STJ: um equívoco que persiste.....	202
1.13	A excepcionalidade da internação na medida de segurança	206
1.14	A atuação do membro da Defensoria Pública no âmbito das execuções fiscais: obstáculos ao acesso à justiça em relação à multa por infração às normas administrativas.....	224
1.15	A responsabilidade estatal pela má prestação dos serviços de saúde: o dano moral coletivo e a situação do município de Divinópolis, MG	240
2 –	LIVRO II – DOS PARECERES E PETIÇÕES	
2.1	Parecer nº 06/2014/DPG – quebra de confiança	265
2.2	Manifestação da ADI: poder de requisição da Defensoria Pública.....	270
2.3	Manifestação Ação Rescisória: autonomia administrativa da Defensoria Pública.....	287

PARTE SEGUNDA

Dos Roteiros Práticos de Atuação

3 – LIVRO I – DA ATUAÇÃO NA TUTELA COLETIVA

Título I – Das Disposições Gerais	305
Capítulo I – Da Introdução à Tutela Coletiva.....	307
Capítulo II – Da Legislação de Regência.....	308
Capítulo III – Da Primazia do Tratamento Coletivizado das Demandas	310
Capítulo IV – Da Legitimidade, Procedimentos e Âmbito de Atuação da Defensoria Pública nas Demandas Coletivas.....	312
Capítulo V – Da Primazia da Tutela Resolutiva da Demanda Coletiva	314
Capítulo VI – Da Máxima Correspondência Entre a Atuação Institucional e a Proteção dos Interesses dos Titulares do Direito Coletivo	314
Capítulo VII – Da Máxima Publicização da Tutela Coletiva.....	315
Título II – Da Tutela Coletiva Extrajudicial	316
Capítulo I – Do Processo Administrativo de Instrução Coletivo	316
Seção I – Dos Objetivos e Instauração.....	316
Seção II – Da Apuração de Identidade de Demandas Coletivas	317
Seção III – Da Instrução e Tentativa de Resolução Extrajudicial da Controvérsia	319
Subseção I – Da Requisição Administrativa.....	320
Subseção II – Das Provas, Visitas, Inspeções, Reuniões e Audiências Públicas.....	321
Subseção III – Das Perícias Técnicas.....	322
Subseção IV – Do Compromisso de Ajustamento de Conduta.....	322
Seção IV – Do Encerramento.....	324
Título III – Da Atuação Judicial	325

4 – LIVRO II – DA ATUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Título Único – Da Defensoria Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais	331
Capítulo I – Das Remoções Forçadas	331
Seção I – Das Obras Públicas.....	331
Seção II – Das Áreas de Risco.....	333
Seção III – Do Conflito Possessório	334
Seção IV – Das Moradias Construídas em Áreas Públicas	335
Seção V – Das Moradias em Áreas de Preservação Permanente	336



5 - LIVRO III - DA ATUAÇÃO EM DIREITO SANITÁRIO	
Título Único - Da Defensoria Especializada em Direito à Saúde	337
Capítulo I - Disposições Gerais.....	337
Capítulo II - Do Atendimento Ao Público e das Medidas Extrajudiciais	337
Capítulo III - Da Atuação Judicial.....	338
6 - LIVRO IV - DA ATUAÇÃO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	
Título Único - Da Defensoria Especializada em Defesa da Mulher Vítima de Violência - Nudem	343
Capítulo I - Da Atuação Extrajudicial.....	343
Capítulo II - Atuação em Medidas Protetivas de Urgência e Feitos Criminais	347
Capítulo III - Do Atendimento Inicial e Elaboração de Petições Iniciais em Ações de Família .	352
7 - LIVRO V - DA ATUAÇÃO NA INFÂNCIA E JUVENTUDE	
Título I - Da Defensoria Especializada na Infância e Juventude - Infracional	355
Capítulo I - Das Disposições Gerais	355
Capítulo II - Da Atuação Extrajudicial/da Tutela Coletiva/da Atuação em Rede	355
Capítulo III - Da Atuação Judicial.....	357
Seção I - Do Procedimento de Apuração da Prática de Ato Infracional - Processo de Conhecimento.....	357
Seção II - Das Audiências no Procedimento de Apuração da Prática de Ato Infracional - Processo de Conhecimento.....	357
Seção III - Do Processo de Execução de Medida Socioeducativa	364
Seção IV - Das Audiências no Processo de Execução de Medida Socioeducativa	366
Capítulo IV - Das Orientações Jurisprudenciais.....	367
Título II - Da Defensoria Especializada na Infância e Juventude - Infracional - Cível	370
Capítulo I - Das Disposições Gerais	370
Capítulo II - Da Atuação Extrajudicial	371
Capítulo III - Da Atuação Judicial.....	372
Seção I - Dos Pedidos de Providência.....	372
Seção II - Das Ações de Guarda.....	374
Seção III - Dos Pedidos de Destituição do Poder Familiar	374
Seção IV - Das Ações de Adoção.....	375
Seção V - Dos Pedidos de Alvará Judicial	375
Seção VI - Das Ações Cominatórias.....	376
Seção VII - Da Curadoria Especial das Crianças e Adolescentes	377
Seção VIII - Dos Demais Procedimentos Judiciais.....	377

8 – LIVRO VI – DA ATUAÇÃO EM FAVOR DA PESSOA IDOSA E DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	
Título Único – Da Defensoria Especializada do Idoso e do Deficiente	379
Capítulo I – Da Atuação da Defensoria Pública na Defesa das Pessoas Idosas	379
Seção I – Das Disposições Gerais	379
Seção II – Dos Conflitos Familiares a Envolver Pessoa Idosa	379
Seção III – Da Vaga em Instituição de Longa Permanência Para Pessoa Idosa (ILPI)	380
Seção IV – Da Disponibilização de Cuidador para Pessoa Idosa por Parte do Poder Público	380
Seção V – Do Benefício Previdenciário	381
Capítulo II – Da Atuação da Defensoria Pública na Defesa das Pessoas Com Deficiência	381
Seção I – Do Conceito, Nomenclatura Correta e Tipos de Deficiência	381
Seção II – Do Direito à Educação	383
Seção III – Do Passe Livre no Transporte Público	383
Seção IV – Do Concurso Público	384
Seção V – Da Acessibilidade	384
Seção VI – Da Isenção Tributária na Compra de Veículos Automotores	384
9 – LIVRO VII – DA ATUAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR	
Título Único – Da Defensoria Especializada do Consumidor	385
Capítulo I – Disposições Gerais	385
Capítulo II – Do Atendimento e das Medidas Extrajudiciais	385
Capítulo III – Da Atuação Judicial	387
Seção I – Das Espécies de Ações Mais Comuns e Instruções Básicas	387
Subseção I – Das Ações Envolvendo Direito do Consumidor na Área de Saúde	387
Subseção II – Das Ações Envolvendo Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais	388
Subseção III – Das Ações Referentes a Contratos Bancários	388
Subseção IV – Das Ações Envolvendo Relação de Consumo e Veículos Automotores	389
Capítulo IV – Da Tutela Coletiva	389
10 – LIVRO VIII – DA ATUAÇÃO NAS MEDIDAS DE URGÊNCIA CRIMINAL	
Título Único – Da Defensoria Especializada em Urgências Criminais	391
Capítulo I – Da Fase Pré-Processual	391
Seção I – Da Comunicação da Prisão em Flagrante	391
Seção II – Do Relaxamento da Prisão em Flagrante	393
Seção III – Da Liberdade Provisória e do Pedido de Revogação da Prisão Preventiva	394
Seção IV – Das Medidas Cautelares Diversas da Prisão	396



Seção V – Da Comunicação do Cumprimento dos Mandados de Prisão.....	399
Seção VI – Dos Impedimentos	401
Seção VII – Das Notas Criminais.....	402
Seção VIII – Das Questões Incidentais	402

11 – LIVRO IX – DA ATUAÇÃO EM MATÉRIA PENAL

Título I – Da Atuação no Tribunal do Júri.....	407
Capítulo Único – Do Procedimento Relativo aos Processos da Competência do Tribunal do Júri.....	407
Seção I – Da Acusação e da Instrução Preliminar	407
Seção II – Da Pronúncia, da Impronúncia e da Absolvição Sumária	408
Seção III – Da Preparação do Processo para Julgamento em Plenário.....	409
Seção IV – Da Organização da Pauta	409
Seção V – Do Sorteio e da Convocação dos Jurados.....	410
Seção VI – Da Composição do Tribunal do Júri e da Formação do Conselho de Sentença ...	410
Seção VII – Da Reunião e das Sessões do Tribunal do Júri	411
Seção VIII – Da Instrução em Plenário.....	411
Seção IX – Dos Debates	412
Seção X – Do Questionário e sua Votação	414
Seção XI – Da Ata dos Trabalhos	415
Título II – Da Atuação nos Crimes em Espécie do Código Penal	416
Capítulo I – Dos Crimes Contra a Pessoa	416
Seção I – Do Homicídio	416
Subseção I – Homicídio Simples	416
Subseção II – Da Pena.....	417
Subseção III – Do Homicídio Qualificado.....	419
Subseção IV – Da Pena	424
Subseção V – Do Homicídio Culposos.....	425
Subseção VI – Do Aumento de Pena.....	425
Seção II – Das Lesões Corporais	427
Seção III – Do Abandono de Incapaz.....	429
Capítulo II – Dos Crimes Contra o Patrimônio	430
Seção I – Das Disposições Gerais.....	430
Seção II – Do Furto	432
Seção III – Do Roubo	436
Seção IV – Da Extorsão	440

Seção V – Da Extorsão Mediante Sequestro	442
Seção VI – Do Dano.....	444
Seção VII – Da Apropriação Indébita.....	445
Seção VIII – Do Estelionato.....	447
Seção IX – Da Receptação	448
Capítulo III – Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial	450
Seção Única – Da Violação de Direito Autoral (§ 2º Art.184).....	450
Capítulo IV – Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual.....	451
Capítulo V – Dos Crimes Contra a Paz Pública.....	453
Seção Única – Da Associação Criminosa	453
Capítulo VI – Dos Crimes Contra a Fé Pública	454
Seção I – Da Falsificação de Documento Público e do Uso de Documento Falso.....	454
Seção II – Da Falsificação de Documento Particular	455
Seção III – Da Falsidade Ideológica	455
Seção IV – Da Falsa Identidade.....	456
Capítulo VII – Dos Crimes Contra a Administração Pública	457
Seção I – Dos Crimes Praticados Por Funcionário Público Contra a Administração em Geral.....	457
Seção II – Dos Crimes Praticados Por Particular Contra a Administração em Geral	460
Seção III – Dos Crimes Praticados Por Particular Contra a Administração Estrangeira	463
Seção IV – Dos Crimes Contra a Administração da Justiça.....	463
Seção V – Dos Crimes Contra as Finanças Públicas	456
Título III – Da Atuação na Lei 11.343/06.....	467
Capítulo I – Dos Crimes em Espécie na Lei 11.343/06.....	467
Seção I – Do Porte para Uso Próprio.....	467
Seção II – Do Tráfico de Drogas.....	467
Seção III – Do Tráfico Equiparado	469
Seção IV – Do Uso Compartilhado	469
Seção V – Do Tráfico de Maquinário	469
Seção VI – Da Associação para a Prática do Tráfico de Drogas	470
Seção VII – Do Informante para o Tráfico de Drogas.....	470
Capítulo II – Das Causas de Diminuição de Pena	470
Capítulo III – Das Causas de Aumento de Pena.....	472
Capítulo IV – Do Procedimento.....	473
Título IV – Da Atuação na Lei 8.137/90	474
Capítulo Único – Do Crime Contra as Relações de Consumo do Art. 7º, VII, da Lei 8.137/90..	474
Título V – Da Atuação na Lei 10.826/03.....	477



Capítulo Único – Dos Crimes em Espécie na Lei 10.826/03	477
Título VI – Da Atuação na Lei 9.503/97	479
Capítulo I – Dos Crimes em Espécie na Lei 9.503/97	479
Seção I – Das Disposições Gerais aos Crimes dos Arts. 302 e 303	479
Seção II – Da Lesão Corporal Culposa na Direção de Veículo Automotor	484
Seção III – Da Direção sob Influência de Álcool.....	485
Seção IV – Das Disposições Gerais sobre a Aplicação de Pena de Suspensão/Proibição de Obtenção da Permissão para Dirigir nos Crimes dos Arts. 302, 303 e 306 do CTB.....	487
Título VII – Da Atuação na Lei 9.099/95 – Criminal	490
Capítulo I – Do Conceito de Infração Penal de Menor Potencial Ofensivo.....	490
Capítulo II – Da Competência	490
Capítulo III – Da Conexão e da Continência.....	491
Capítulo IV – Da Aplicabilidade da Lei 9.099/95 aos Crimes Previstos no Estatuto do Idoso..	491
Capítulo V – Da Representação na Contravenção Penal de Vias de Fato	492
Capítulo VI – Do Procedimento.....	492
Seção I – Da Citação	492
Seção II – Da Audiência Preliminar e da Defesa Técnica.....	492
Seção III – Da Composição Civil dos Danos.....	493
Seção IV – Da Representação	494
Seção V – Da Transação Penal	495
Seção VI – Da Complexidade das Circunstâncias do Caso e Remessa do Feito ao Juízo Comum	497
Seção VII – Do Número de Testemunhas em AIJ.....	498
Seção VIII – Da Ação Penal Privada.....	498
Seção IX – Da Audiência de Instrução e Julgamento	498
Seção X – Dos Recursos/Reexames	499
Seção XI – Da Suspensão Condicional do Processo.....	500
Capítulo VII – Da Prescrição da Pena em Perspectiva.....	503
Capítulo VIII – Da Pena de Multa.....	503
Capítulo IX – Da Atuação nos Crimes Ambientais de Menor Potencial Ofensivo da Lei 9.605/98	504
Seção I – Das Disposições Gerais.....	504
Seção II – Da Atuação nos Crimes Contra a Fauna.....	505
Subseção I – Das Disposições Gerais	505
Subseção II – Da Atuação no Crime do Art.29 da Lei 9.605/98	506
Subseção III – Da Atuação no Crime do Art.3 2 da Lei 9.605/98	506
Seção III – Da Atuação nos Crimes Contra a Flora.....	506

Subseção I – Das Disposições Gerais	507
Subseção II – Da Atuação no Crime do Art. 45 da Lei 9.605/98	507
Subseção III – Da Atuação no Crime do Art. 46 da Lei 9.605/98	507
Subseção IV – Da Atuação no Crime do Art. 48 da Lei 9.605/98	508
Subseção V – Da Atuação no Crime do Art. 49 da Lei 9.605/98	508
Seção IV – Da Atuação nos Crimes Contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural.....	508
Subseção Única – Da Atuação no Crime do Art. 65 da Lei 9.605/98	508
Capítulo X – Da Atuação nos Crimes de Menor Potencial Ofensivo do Código Penal	509
Seção I – Das Lesões Corporais.....	509
Seção II – Da Omissão de Socorro.....	511
Seção III – Dos Maus Tratos.....	511
Seção IV – Da Rixa	511
Seção V – Da Calúnia, da Difamação e da Injúria.....	512
Seção VI – Do Constrangimento Ilegal	513
Seção VII – Da Ameaça.....	514
Seção VIII – Da Violação de Domicílio.....	515
Seção IX – Do Dano.....	515
Seção X – Da Receptação Culposa	517
Seção XI – Do Ato Obsceno e do Escrito ou Objeto Obsceno	517
Seção XII – Da Incitação ao Crime e da Apologia de Crime ou Criminoso.....	518
Seção XIII – Da Resistência, da Desobediência e do Desacato.....	518
Seção XIV – Do Exercício Arbitrário das Próprias Razões.....	519
Seção XV – Do Favorecimento Pessoal.....	520
Seção XVI – Da Evasão Mediante Violência Contra a Pessoa.....	520
Seção XVII – Do Motim de Presos	520
Capítulo XI – Das Contravenções Penais – Decreto Lei 3.688/41	521
Seção I – Das Disposições Gerais.....	521
Seção II – Das Contravenções Penais em Espécie	522
Subseção I – Do Fabrico, Comércio ou Detenção de Armas e Munição.....	522
Subseção II – Do Porte de Arma.....	522
Subseção III – Das Vias de Fato	522
Subseção IV – Do Instrumento de Emprego Usual na Prática de Furto e da Violação de Lugar ou Objeto	523
Subseção V – Da Falta de Habilitação para Dirigir Veículo.....	524
Subseção VI – Da Direção Perigosa de Veículo na Via Pública.....	524



Subseção VII – Da Associação Secreta.....	524
Subseção VIII – Da Provocação de Tumulto – Conduta Inconveniente.....	525
Subseção IX – Da Perturbação do Trabalho ou Sossego Alheios	525
Subseção X – Dos Jogos de Azar	525
Subseção XI – Da Vadiagem	526
Subseção XII – Da Mendicância	526
Subseção XIII – Da Importunação Ofensiva ao Pudor	526
Subseção XIV – Da Embriaguez.....	526
Subseção XV – Das Bebidas Alcoólicas	526
Subseção XVI – Da Perturbação da Tranquilidade.....	527
Título VIII – Da Atuação na Lei 7.210/84	528
Capítulo I – Das Disposições Gerais	528
Capítulo II – Do Monitoramento das Unidades Prisionais	529
Capítulo III – Da Decisão Recorrível	531
Capítulo IV – Da Saúde Prisional.....	531
Capítulo V – Do Trabalho.....	531
Capítulo VI – Da Remição	532
Capítulo VII – Do Direito à Visita.....	534
Capítulo VIII – Das Faltas, Sanções e Procedimentos.....	534
Capítulo IX – Do Ministério Público	537
Capítulo X – Da Defensoria Pública.....	537
Capítulo XI – Do Regime Semiaberto.....	538
Capítulo XII – Do Regime Aberto.....	538
Capítulo XIII – Das Saídas Temporárias	539
Capítulo XIV – Do Livramento Condicional	539
Capítulo XV – Da Monitoração Eletrônica	541
Capítulo XVI – Da Pena Restritiva de Direito	542
Capítulo XVII – Da Pena de Multa	543
Capítulo XVIII – Da Execução das Medidas de Segurança	543
Capítulo XIX – Da Cessação de Periculosidade.....	546
Capítulo XX – Dos Incidentes na Execução Penal.....	546
Capítulo XXI – Da Prescrição.....	549
Capítulo XXII – Da Comutação.....	549
Capítulo XXIII – Do Indulto.....	549
Título IX – Da Atuação na Segunda Instância e Tribunais Superiores –Criminal.....	553

Capítulo Único – Da Defensoria Especializada em Segunda Instância e Tribunais Superiores – Criminal.....	553
Seção I – Das Disposições Gerais.....	553
Seção II – Das Atribuições	554
Subseção I – Da Intimação de Inclusão de Processo em Pauta para Julgamento, da Apresentação de Memoriais e da Sustentação Oral.....	554
Subseção II – Da Ciência dos Despachos, Decisões Monocráticas e Acórdãos	555
Subseção III – Dos Embargos de Declaração.....	555
Subseção IV – Dos Embargos Infringentes	556
Subseção V – Das Disposições Gerais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário.....	557
Subseção VI – Do Recurso Especial.....	558
Subseção VII – Do Recurso Extraordinário.....	559
Subseção VIII – Das Contrarrazões de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário..	561
Subseção IX – Do Recurso Ordinário	561
Subseção X – Do Habeas Corpus.....	562
Subseção XI – Da Reclamação	565
Subseção XII – Do Agravo Interno	565
Subseção XIII – Do Agravo em Face de Denegação de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário.....	565
Subseção XIV – Da Contraminuta de Agravo em Face de Denegação de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário Intentados Pelo Ministério Público.....	566
Subseção XV – Do Mandado de Segurança Criminal.....	566
Subseção XVI – Da Contraminuta de Agravo de Instrumento Criminal.....	566
Subseção XVII – Das Petições Intermediárias e Cotas.....	567

12 – LIVRO X – DA ATUAÇÃO EM MATÉRIA CÍVEL

Título I – Da Atuação Cível.....	569
Capítulo I – Da Atuação Extrajudicial.....	569
Capítulo II – Do Atendimento	572
Seção I – Das Disposições Gerais.....	572
Seção II – Do Atendimento no Polo Ativo	575
Subseção I – Do Ajuizamento.....	575
Subseção II – Das Peculiaridades do Juizado Especial.....	576
Seção III – Do Atendimento do Polo Passivo	576
Subseção I – Das Disposições Gerais	576
Subseção II – Da Apresentação de Petição de Defesa.....	577



Subseção III – Do Rol de Testemunhas	577
Capítulo III – Da Atuação no Processo Eletrônico (PJE).....	578
Seção I – Das Disposições Gerais.....	578
Seção II – Da Distribuição.....	580
Seção III – Das Peculiaridades da Intimação Virtual	581
Seção IV – Do Conflito	582
Capítulo IV – Da Atuação Ordinária em Juízo	582
Seção I – Das Ações Possessórias.....	582
Subseção I – Das Disposições Gerais	582
Subseção II – Da Contestação nas Ações Possessórias	583
Subseção III – Da Contestação nas Ações de Reintegração de Posse Fundadas em Direito de Servidão Administrativa Constituída em Favor de Concessionária de Serviço Público... ..	583
Seção II – Da Ação de Usucapião	584
Subseção I – Da Usucapião de Terras Particulares	584
Subseção II – Do Exercício Possessório sobre Bens Públicos	586
Subseção III – Da Usucapião Administrativa.....	586
Seção III – Das Ações que Envolvem o Sistema Financeiro.....	586
Subseção I – Da Educação em Direitos e Fase Pré-Processual	586
Subseção II – Da Atuação nas Ações de Contratos Bancários	587
Subseção III – Da Atuação nas Ações de Busca e Apreensão do Decreto-Lei 911/69.....	588
Seção IV – Da Atuação nas Ações em Face do Poder Público	589
Subseção I – Das Disposições Gerais	589
Subseção II – Da Atuação na Execução de Sentença Contra a Fazenda Pública.....	592
Seção V – Da Atuação nas Audiências	592
Subseção I – Das Disposições Gerais	592
Subseção II – Da Atuação na Audiência de Conciliação	593
Subseção III – Da Atuação na Audiência em Procedimento Sumário	594
Subseção IV – Da Atuação na Audiência Preliminar	594
Subseção V – Da Atuação na Audiência de Justificação	595
Subseção VI – Da Atuação na Audiência de Instrução e Julgamento	595
Seção VI – Da Atuação nas Cartas Precatórias.....	597
Seção VII – Da Atuação no Cumprimento de Sentença e Execução	599
Subseção I – Da Atuação pelo Executado.....	599
Subseção II – Da Atuação pelo Exequente.....	600
Seção VIII – Da Atuação Recursal em Primeira Instância.....	601

Subseção I – Das Providências Preliminares e Análise de Cabimento e Conveniência...	601
Subseção II – Das Orientações Gerais Quanto à Elaboração do Recurso	602
Seção IX – Da Curadoria Especial.....	603
Subseção I – Das Disposições Gerais	603
Subseção II – Das Providências Indispensáveis para a Validade da Citação.....	605
Subseção III – Das Hipóteses de Extinção ou Inviabilidade da Curadoria Especial	606
Título II – Da Atuação no Direito Familiarista	607
Capítulo I – Da Atuação Extrajudicial – Conciliação e Mediação	607
Capítulo II – Da Atuação Judicial	609
Seção I – Da Atuação na Ação de Divórcio.....	609
Seção II – Da Atuação na Ação de Alteração de Regime de Bens.....	611
Seção III – Da Atuação na Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável.....	611
Seção IV – Da Atuação na Ação de Alimentos	614
Seção V – Da Atuação na Ação Revisional de Alimentos	624
Seção VI – Da Atuação na Ação de Exoneração de Alimentos.....	628
Seção VII – Da Atuação na Ação de Oferta de Alimentos	631
Seção VIII – Da Atuação na Ação de Execução de Alimentos	632
Subseção I – Da Atuação em Favor do Exequente	632
Subseção II – Da Atuação em Favor do Devedor.....	637
Seção IX – Da Atuação na Ação de Investigação de Parentalidade	643
Seção X – Da Atuação na Ação de Guarda.....	647
Seção XI – Da Atuação na Ação de Busca e Apreensão	649
Seção XII – Da Atuação na Ação Interdição / Curatela.....	649
Seção XIII – Da Atuação na Ação de Tutela	651
Seção XIV – Da Atuação na Ação de Adoção de Maior de Idade.....	651
Seção XV – Da Atuação na Ação de Regulamentação de Direito de Convivência.....	652
Seção XVI – Da Atuação na Ação de Partilha	653
Seção XVII – Da Atuação na Ação de Suprimento Judicial.....	656
Título III – Da Atuação no Direito Sucessório	658
Capítulo I – Da Aplicação da Lei Civil no Direito das Sucessões	658
Capítulo II – Do Foro Competente para Abertura da Sucessão	658
Seção I – Da Ação de Inventário, Declaração de Ausência e de Cumprimento de Disposições de Última Vontade	658
Seção II – Da Ação de Alvará Judicial.....	658
Seção III – Da Ação Declaratória de Ausência para Fins Unicamente Previdenciários.....	659
Capítulo III – Do Autor da Herança	659



Capítulo IV – Dos Herdeiros	659
Capítulo V – Dos Títulos de Propriedade dos Bens.....	660
Seção I – Dos Bens Imóveis.....	660
Seção II – Dos Veículos.....	660
Seção III – Dos Saldos Bancários.....	661
Capítulo VI – Das Requisições Administrativas	661
Capítulo VII – Dos Procedimentos.....	661
Capítulo VIII -Da Renúncia e da Cessão de Direitos Hereditários.....	661
Capítulo IX – Da Doação da Meação	662
Capítulo X – Da Ordem de Vocação Hereditária nas Ações de Inventário	662
Seção I – Da Concorrência Entre Cônjuge e Descendentes	662
Seção II – Da Concorrência Entre Cônjuge e Ascendentes	663
Seção III – Do Cônjuge Sobrevivente	664
Capítulo XI – Do Direito de Representação.....	664
Capítulo XII – Da Dependência Previdenciária e Vocação Hereditária nas Ações de Alvará Judicial da Lei 6.858/80.....	664
Seção I – Do Art. 1º da Lei 6.858/80.....	665
Seção II – Das Limitações Ao Art. 2º da Lei 6.858/80.....	665
Capítulo XIII – Do Direito do Companheiro à Totalidade da Herança na Ausência de Descendentes e Ascendentes.....	665
Capítulo XIV – Da Necessidade de Quitação Tributária.....	666
Seção I – Do Imposto Sobre Transmissão <i>Causa Mortis</i> e Doação	666
Seção II – Das Certidões Negativas.....	667
Subseção I – Das Certidões Negativas Federais e Estaduais.....	667
Subseção III – Das Certidões Negativas Municipais	667
Capítulo XV – Do Registro do Testamento Público.....	667
Capítulo XVI – Da Confirmação de Testamento Particular.....	668
Título IV – Da Atuação na Segunda Instância e Tribunais Superiores – Cível.....	669
Capítulo I – Da Defensoria Especializada em Segunda Instância e Tribunais Superiores – Cível	669
Seção I – Do Assistido	669
Seção II – Da Carga de Processos	669
Seção III – Da Triagem.....	670
Seção IV – Da Nulidade por Ausência de Intimação Pessoal.....	671
Seção V – Da Justificativa de Ausência de Recurso.....	671
Seção VI – Da Protocolização de Peças	671
Seção VII – Da Interação com o Defensor Público de Primeira Instância.....	672

Seção VIII – Da Assistência Judiciária Gratuita	672
Seção IX – Da Interposição de Recursos.....	672
Subseção I – Dos Embargos de Declaração (Art. 1.022 a 1.026 do Novo CPC).....	673
Subseção II – Dos Embargos Infringentes	674
Subseção III – Do Agravo de Instrumento (Art. 1015 a 1020 do Novo CPC).....	675
Subseção IV – Do Agravo Regimental/Interno (Art. 1021 do Novo CPC).....	676
Subseção V – Das Disposições Gerais dos Recursos Expressos e do Recurso Extraordinário (Art. 1.029 a 1.035 do Novo CPC).....	677
Subseção VI – Do Recurso Especial (Art. 1.029 a 1.035 do Novo CPC).....	679
Subseção VII – Do Agravo Pela Inadmissibilidade dos Recursos Extremos	680
Subseção VIII – Dos Honorários	681
Capítulo II – Da Defensoria Especializada em Segunda Instância e Tribunais Superiores – Cível – Direito Privado	681
Seção I – Da Ação Monitória.....	681
Seção II – Da Curadoria Especial.....	683
Seção III – Da Ação de Cobrança de Mensalidades Escolares.....	684
Seção IV – Das Ações de Acidente de Trânsito	685
Seção V – Das Ações Movidas em Face de Planos de Saúde.....	685
Seção VI – Das Ações Locatícias.....	686
Seção VII – Das Ações Fundadas em Contratos de Alienação Fiduciária e das Ações de Busca e Apreensão.....	688
Seção VIII – Da Comissão de Permanência	690
Seção IX – Da Tarifa de Abertura de Crédito e da Tarifa de Cadastro.....	690
Seção X – Dos Serviços de Terceiros	691
Capítulo III – Da Defensoria Especializada em Segunda Instância e Tribunais Superiores – Cível – Direito Público.....	691
Seção I – Da Atuação no Direito Sanitário	691
Seção II – Da Atuação na Infância e Juventude.....	692
Seção III – Da Atuação no Direito Familiarista.....	692
Seção IV – Da Atuação no Direito Tributário.....	692
Seção V – Do Direito Cível com Natureza Pública	694





Parte PRIMEIRA

**Dos artigos jurídicos, pareceres
e petições**

Defensoria Pública

Origem e evolução legislativa

GLAUCO DAVID DE OLIVEIRA SOUSA¹

“Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então pode entrar mais tarde. ‘É possível’, diz o porteiro, ‘mas agora não’. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro se põe de lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: ‘Se o atraí tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso do que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a visão do terceiro’. O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele”.
(**O Processo**, de Franz Kafka.)

Instalar a Defensoria Pública segundo o modelo constitucional, além de fazer cumprir a Constituição Federal, tornando a lei acessível a todos e a qualquer hora, é contribuir para a diminuição da violência e a pacificação social, dando efetividade à cidadania e promovendo a superação das desigualdades sociais.

Nos honra o Corregedor-Geral da Defensoria Pública, Dr. Ricardo Sales Cordeiro, com a solicitação de apresentação de artigo sobre a evolução legislativa da Defensoria Pública, destinada a compor a 5ª edição do *Manual do Defensor Público do Estado de Minas Gerais*.

O trabalho que se apresenta é predominantemente de natureza factual e visa documentar, de forma descritiva, a memória normativa da Defensoria Pública. Depois de breve introdução, são elencados os principais instrumentos legislativos brasileiros da evolução da assistência judiciária, oferecida nos primórdios por meio do particular, até a assistência jurídica integral e gratuita, serviço público essencial prestado aos necessitados pela Defensoria Pública, destacando-se, quando pertinente, suas principais características e o contexto em que foram produzidos, incluindo as principais personalidades envolvidas.

¹ Defensor Público de Classe Especial do Estado de Minas Gerais, titular da Defensoria Especializada de 2ª Instância e Tribunais Superiores – Cível (Direito Público).

1 INTRODUÇÃO

Não há precisão sobre quando teria surgido o primeiro esboço da assistência jurídica como instrumento do direito de defesa. Apontaremos referenciais históricos, para vislumbrar sua dimensão temporal.

O Código de Hamurabi (2000 a.C.) estabeleceu “*Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da Justiça*”, atribuindo ao soberano a incumbência de ouvir o acusado e aplicar a lei.

A consolidação do Direito Romano, o *Corpus Juris Civilis*, deu-se nos séculos V e VI d.C., com o imperador bizantino Justiniano. Dele provêm muitas das máximas jurídicas ainda em uso, inspirando a concepção moderna de justiça.

Segundo Humberto Peña Moraes e José Fontenelle², se atribui a Constantino (288-337) a primeira iniciativa de prover defensor a quem não possuísse meios materiais para remunerar um advogado, a qual se incorporou à legislação de Justiniano (483-565).

No mesmo sentido, Roberto Vitagliano³ atribui a Constantino, em Roma, “*o primeiro imperador a dar advogado ao carente, incorporando à legislação de Justiniano tal medida*”, transformando a assistência judiciária em um dever do Estado, assimilado gradativamente pelo Direito europeu.

Santo Ivo, doutor em Teologia, Direito, Letras e Filosofia, se notabilizou pela atuação na defesa dos necessitados perante os tribunais franceses. O dia 19 de maio, data do seu falecimento, ocorrido em 1303, é caracterizado como o Dia Nacional da Defensoria Pública (Lei 10.448/02).

As Ordenações Filipinas, que formam a origem do direito português e que também vigoraram no Brasil de 1603 até 1830, também preceituaram o que se pode denominar de isenção dos pobres, conforme dispunha seu Livro III, Título 84, § 10, *verbis*:

Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma Del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como se pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo.

Dilce Alves de Oliveira, defensora pública aposentada do Estado de Minas Gerais, em seu interessante opúsculo “*O Papel da Defensoria Pública na Inconfidência Mineira*”⁴, a partir do estudo dos Autos da Devassa, atribui o marco da Assistência Judiciária no Brasil em 1791, por ocasião da Inconfidência Mineira, quando a Coroa Portuguesa, depois de determinar a pena dos inconfidentes, lhes nomeou curador o advogado José de Oliveira Fagundes, da Santa Casa de Misericórdia, que assistiu inclusive ao desembargador Tomás Gonzaga, que redigira a sua própria defesa, e aos conjurados mortos no cárcere, como Cláudio Manoel da Costa, fixando o prazo exíguo de cinco dias, para o exame dos autos da devassa e apresentação dos seus embargos (vol. VII dos Autos).

² MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle Teixeira. **Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do estado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1984, p 21.

³ VITAGLIANO, Roberto. **Em Defesa dos Excluídos: um modelo para o Brasil**.

⁴ OLIVEIRA, Dilce Alves de. 1. ed. Belo Horizonte: Éphata Produções, 2000, p. 67.



De acordo com Dilce Alves de Oliveira⁵,

“certamente, já havia uma Assistência Judiciária para atender os processos crimes, fossem eles de agressão física, assassinato, sedição, vadiagem, calúnia, furto, injúria, curatela, estupro e outros, mas que embora contassem como autores do processo a Justiça Pública raramente tornava público o nome do advogado ou curador, nomeado tanto para defesa do réu quanto da vítima”.

Com a chegada do que se denominou Constitucionalismo, movimento social de limitação do poder dos governantes na condução do Estado, integrado com as correntes filosóficas, ideológicas, políticas e sociais dos séculos XVIII e XIX, o Direito de Defesa passou a ser incorporado ao ordenamento jurídico, iniciando a construção do Estado de Direito.

Da limitação do direito de cada um pelo poder do Estado, começaram a surgir leis que garantiam a assistência judiciária pública, como o Código de Assistência Judiciária da França, de 1851.

A partir de 1870, sob a liderança de Nabuco de Araújo, que fora Ministro da Justiça do Império e ocupava a presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB passou-se a discutir assistência judiciária no Brasil, pondo em relevo a questão dos pobres no processo legal e propondo medidas concretas para lhes garantir o direito de efetivo acesso à Justiça⁶.

Com o advento do Decreto nº 1.030, de 14/11/1890, outorgado pelo Governo Provisório da República, ao tratar da organização da Justiça do Distrito Federal, foi, então, instituída oficialmente a Assistência Judiciária gratuita no Brasil.

No entanto, assim como a primeira Constituição brasileira, a Imperial de 1824, a Constituição Republicana de 1891 também foi omissa sobre a matéria, que nos países do Primeiro Mundo evoluía rapidamente para o *status* de garantia fundamental.

A implantação aconteceu cerca de seis anos depois do Decreto nº 1.030/1890, quando o Vice-Presidente da República Manoel Vitorino Pereira, e o Ministro da Justiça Amaro Cavalcanti, fizeram publicar o Decreto nº 2.457, de 08/02/1897, organizando a Assistência Judiciária no então Distrito Federal e estabelecendo o conceito de “pobre” como destinatário do novo serviço:

Art. 1º. É instituída no Distrito Federal a Assistência Judiciária, para o patrocínio gratuito dos pobres que forem litigantes no cível ou no crime, como autores ou réus, ou em qualquer outra qualidade.

Art. 2º. Considera-se pobre, para os fins desta instituição, toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em Juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família.

A partir do Decreto nº 2.457/1897, várias unidades da federação seguiram os princípios básicos ali introduzidos, que subsistiram por cerca de vinte anos.

⁵ OLIVEIRA, Dilce Alves de. 1. ed. Belo Horizonte: Éphata Produções, 2000, p. 77-78.

⁶ NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império**. Rio de Janeiro, Topbooks, 5. ed., 1997. Vol. II, p. 1017.

Fabio Konder Comparato⁷, analisando o cenário internacional, preconiza que as transformações ocorridas na democracia liberal, sobretudo após a Revolução Comunista de 1917, o advento da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, mudaram a concepção do Estado, que passa de liberal a social, com ênfase nos direitos sociais, sobretudo os direitos trabalhistas, *verbis*:

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.

Somente em 1934, contudo, sob o Governo Provisório presidido por Getúlio Vargas, fruto da Revolução de 1930, movimento armado liderado por Minas Gerais e Rio Grande do Sul, que culminou com a deposição do presidente da República Washington Luís e pôs fim à República Velha, é que a Constituição Brasileira tratou o assunto, erigindo a assistência judiciária como garantia constitucional, estatuída no seu Título III, Capítulo II, ao dispor “*Dos Direitos e Garantias Individuais*” que, *verbis*:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selo.

Essa conquista é um marco histórico desse instituto jurídico no Brasil, cujo significado aumenta por se incorporar ao conjunto dos direitos de cidadania e ao refletir a expansão do conceito de assistência judiciária, confundida como isenção das custas processuais.

Com o golpe de estado de 10 de novembro de 1937, instituindo o chamado Estado Novo, Getúlio Vargas outorgou a Constituição de 1937, apelidada de “*polaca*” “*polaca*” – referência à outorgada pelo marechal Jozsef Pilsudski (1867-1935), líder do golpe militar que o levou ao poder na Polônia em 1921 –, com várias características antidemocráticas, quando a conquista de 1934 foi banida do texto constitucional. Terminada a Segunda Guerra Mundial e advindo a redemocratização do País, a assistência judiciária aos necessitados voltou a integrar o elenco dos Direitos e Garantias Individuais, desta vez definitivamente, por meio da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, promulgada durante a presidência da República de Eurico Gaspar Dutra, nos seguintes termos:

⁷ **A Constituição Mexicana de 1917.** Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>.



CAPÍTULO II

Dos Direitos e das Garantias individuais

Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§35 – O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

Nessa esteira, em 05/02/1950 foi publicada a Lei Federal nº 1.060, sancionada pelo presidente da República Eurico Gaspar Dutra, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, ampliando em seu art. 2º o conceito de pobre no sentido legal estatuído no aludido Decreto nº 2.457, de 08/02/1897, que organizava a Assistência Judiciária no então Distrito Federal, agora vazado nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 2º Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. – Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Já à época da proposição, o art. 1º da Lei Federal nº 1.060/50 incumbia aos poderes públicos federal e estadual conceder assistência judiciária aos necessitados, *verbis*:

Art. 1º Os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.

Posteriormente, a Lei nº 7.510, de 04/07/1986, sancionada pelo presidente da República José Sarney, deu nova redação ao art. 1º, que permanece sob os seguintes termos, *verbis*:

Art. 1º Os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados, os termos desta lei.

Como fato histórico, registra-se que foi vetada a expressão “**devendo manter serviços organizados para tal finalidade**” constante do final do art. 1º, sob o entendimento de que violava “**a autonomia estadual assegurada pelo art. 13 da Constituição Federal**”.

O art. 3º da Lei nº 1.060/50 dispõe sobre as isenções asseguradas ao beneficiário da assistência judiciária, cujo rol foi ampliado, por meio de sucessivas leis, até a fórmula em vigor.

O art. 4º e seu §1º dispunham na redação originária sobre os procedimentos para obtenção do benefício, evoluindo para a fórmula atual, abrangente e simplificada, na redação dada pela aludida Lei nº 7.510, de 1986, *verbis*:

Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

Já o art. 5º atribuía ao juiz determinar que o serviço de assistência judiciária organizado e mantido pelo Estado indicasse o advogado que patrocinaria a causa do necessitado, ou não havendo, que a Ordem dos Advogados o fizesse, preferindo aquele que o interessado indicasse e que declarasse aceitar o encargo.

Ainda como fato histórico, registra-se que a Lei nº 7.781, de 08/11/1989, também sancionada pelo presidente da República José Sarney, acrescentou o §5º ao art. 5º, da Lei nº 1.060, introduzindo a expressão “Defensor Público” e atribuindo-lhe prerrogativas fundamentais, posteriormente incorporadas aos institutos da Defensoria Pública, nos seguintes termos, *verbis*:

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

A propósito da matéria, a Lei Federal nº 13.105, de 16/03/2015 – Código de Processo Civil, que entrará em vigor decorrido um ano da data de sua publicação, prevê seção acerca da Gratuidade da Justiça, dispondo detalhadamente sobre a matéria nos artigos 98 a 102 e revogando dispositivos correspondentes da Lei 1.060/50 (art. 1072, III).

Como nota de destaque, mesmo com o golpe militar de 1964 foi mantida a garantia constitucional da assistência judiciária, nos termos do art. 150, §32, da Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967, segundo o qual **“Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”**, regra repetida na Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 153, §32).

Como desdobramento das iniciativas de ampliação de garantia de acesso integral à Justiça, surgidas na década de 1960, foi realizado o intitulado *Projeto Florença de Acesso à Justiça*.

De acordo com Dierle Nunes⁸, esse movimento foi,

[...] levado a cabo a partir de 1973 – cujos resultados foram publicados em 1978, em quatro volumes –, sob a direção de Mauro Capelletti. Envolveu 23 países⁹, que representados por grandes juristas nacionais, responderam a um questionário e prepararam um relatório, que apontou as chagas e possíveis soluções técnicas para os problemas dos seus sistemas jurídicos.

⁸ Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação/Dierle Nunes; Alexandre Bahia; Bernardo Ribeiro Câmara; Carlos Henrique Soares. – 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 58.

⁹ Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, Chile, China, Colômbia, Inglaterra, França, Alemanha, Holanda, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Japão, México, Polônia, União Soviética, Espanha, Suécia, Estados Unidos e Uruguai.



Esse projeto e o decorrente “movimento pelo acesso à justiça” desenvolveu um enorme compartilhamento de experiências envolvendo aqueles inúmeros países, passando a servir de base para os movimentos reformistas a partir de então.

Pontificando sobre o assunto, na obra *Acesso à Justiça*¹⁰, Mauro Cappelletti e Bryant Garth dividiram em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça. A primeira onda se refere à assistência judiciária aos pobres, para contornar o obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda onda se refere à representação dos interesses difusos em juízo, para contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A terceira onda, caracterizada pelo enfoque do acesso à justiça, objetiva uma concepção mais ampla de acesso à justiça, tendo como premissa instituir técnicas processuais adequadas e capacitar os operadores do direito, nos seguintes termos, *verbis*:

Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. (...)

Por fim, é preciso enfatizar que as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais. Embora obviamente relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes. (...)

Mecanismos tais como os que já discutimos para a proteção dos interesses difusos são especialmente apropriados para a abordagem desses problemas. Alguns mecanismos, tais como a “class action”, podem ser utilizados tanto para dar amparo aos indivíduos, quanto para impor os direitos coletivos duma classe. Muitos e importantes remédios, no entanto, tendem a servir apenas a uma ou outra das funções.

É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque de acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual.”¹¹

A modernização dos instrumentos de tutela jurídica dispostos às instituições, em especial as responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais, foi passo importante na construção do sistema de processo coletivo inaugurado no Brasil por meio da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), complementada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Assim, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, tem-se que a função social do processo está no estímulo à eliminação das diferenças (maior igualdade) e na primazia dos interesses coletivos sobre os individuais.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis, 1988.

¹¹ Ob. Cit. p. 67-73.

Nesse contexto, a alteração sofrida pelo Brasil em seu quadro político, saindo de uma ditadura militar para uma nova ordem constitucional, resultou na denominada Constituição Cidadã de 1988, onde foram privilegiados os direitos fundamentais e as garantias que os assegurassem, instituindo-se instrumentos com esse objetivo.

A ênfase nos direitos fundamentais está presente na própria estrutura organizacional da Constituição de 1988, pois pela primeira vez o seu Título I, que sempre fora reservado à “*organização nacional*” ou “*federal*”, cuidou “*Dos Princípios Fundamentais*” a serem cultivados e preservados, além de presidirem todas as ações de Estado. Também pela primeira vez, empregou-se a expressão “*Estado Democrático de Direito*”, complementando a definição da forma de governo republicana, tal como se fez inserir no texto do artigo 1º, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, ao longo do texto constitucional constata-se a preocupação permanente com a afirmação da cidadania como delimitadora do papel do Estado. O capítulo sobre os direitos e garantias individuais, que sempre integrara o título “*Da Declaração de Direitos*”, foi elevado para o pórtico da Constituição, dando nome ao seu Título II, além de ter sido alterado significativamente para “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”.

Mantido entre os direitos e garantias fundamentais, o instituto da assistência judiciária ganhou novo relevo, que lhe ampliou fundamentalmente o alcance, conforme estatui o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal: “***o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos***”.

Antes o texto constitucional falava em assistência judiciária, compreendendo apenas a assistência jurídica gratuita em juízo. Com a Constituição de 1988 incumbe ao Estado, à União e ao Distrito Federal prestarem assistência jurídica integral (gênero) aos necessitados, abrangendo a assistência judiciária, a administrativa e a extrajudicial (espécies), gratuitamente, isto é, com isenção de custas e dispondo dos instrumentos necessários ao amplo e irrestrito acesso à justiça.

Para dar eficácia a esse preceito fundamental, aos tratar “*Das Funções Essenciais à Justiça*”, a Constituição Federal incluiu a Defensoria Pública como garantia constitucional, no seu Título IV, Capítulo IV, estabelecendo originalmente no art. 134 que, *verbis*:

Art. 134. 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.

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Ao contrário da tríplice divisão clássica, o Título IV – Da Organização dos Poderes, da Constituição Federal desdobra-se em Capítulo I – Legislativo, II – Executivo, III – Judiciário e IV – Das Funções Essenciais à Justiça, ombreando Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública, e assegurando a esta tratamento diferenciado e de relevo.



Estando todos ombreados sob a chancela de funções essenciais à Justiça, o Ministério Público e a Defensoria Pública foram distinguidos nos artigos 127 e 134, respectivamente, como instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, vale dizer, sem um ou outra não há que falar em função jurisdicional do Estado.

Essa simetria foi aprofundada com as reformas constitucionais promovidas pelas Emendas **nº 19, de 1998 (Reforma Administrativa)**, que instituiu o regime de subsídio; **nº 41, de 2003 (Reforma da Previdência)**, que alinhou as instituições como o Poder Judiciário, na fixação do subteto de remuneração; **nº 45, de 2004 (Reforma do Judiciário)**, que dotou as Defensorias Estaduais de autonomia funcional e administrativa, e de iniciativa de sua proposta orçamentária, atribuindo-lhes o recebimento de duodécimos das dotações orçamentárias, nos moldes dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público; **nº 74, de 2013**, que estendeu a autonomia das Defensorias Estaduais para a Defensoria da União e a Defensoria do Distrito Federal; e **nº 80, de 2014**, que dotou a instituição de seção própria; constitucionalizou seus princípios; outorgou-lhe a condição de permanente e de instrumento do regime democrático, na consecução das suas finalidades; e deu-lhe iniciativa de lei para o exercício de sua autonomia, conforme a nova redação do art. 134, *verbis*:

Seção IV

Da Defensoria Pública

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela EC nº 80, de 2014)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do p.u. pela EC nº 45, de 2004)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela EC nº 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela EC nº 74, de 2013)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela EC nº 80, de 2014)

Além disso, a Emenda Constitucional nº 80, de 2014, fixou calendário para instalá-la em todos os foros, ao acrescentar o art. 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), nos seguintes termos, *verbis*:

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.

Essa moldura constitucional assegura aos necessitados a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, e impõe ao Poder Público promover a organização e o aparelhamento das Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados, pareando o Estado-defensor com o Estado-julgador e o Estado-acusador.

Nesse sentido, se traz à baila trecho do pronunciamento sempre atual sobre o tema, proferido pelo deputado Stélio Dias (PFL/ES) ainda durante o processo constituinte, *apud* Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 28/08/1997, *verbis*:

[...] Nessa ordem de idéias, sou dos que crêem, Sr. Presidente, que a presença de um defensor público em todos os juízos e tribunais constitui peça essencial para o cumprimento do direito da ampla defesa e do contraditório, já que o réu deve ter os mesmos direitos, garantias e prerrogativas assegurados à acusação. (...) quando o Estado assume as dimensões acusadora e julgadora, em detrimento da função defensora, ele está, na realidade, reforçando traços autoritários do próprio Estado e negando, explicitamente, qualquer pretensão de e tornar um autêntico estado de direito democrático. É verdade que, para minimizar os efeitos desse quadro, tem o Estado recorrido à chamada "advocacia conveniada", sob a égide da OAB, entidade que vem patrocinando a assinatura de convênios com os órgãos oficiais responsáveis, com vistas à remuneração do advogado dativo. A medida, a meu ver, além de mero paliativo, expõe a OAB a pressões do governo e de alguns profissionais, que já vêem nesse tipo de atividade não só uma saída para suas eventuais dificuldades de trabalho, como também a vantagem de não estarem obrigados a concurso público e a dedicação exclusiva. Acredito, sob essa ótica, que a situação em tela, além de desgastar a missão histórica da OAB - que acabaria mesmo tendo de abdicar de sua independência frente ao Estado - inviabiliza, na prática, a institucionalização da Dependência Política, perpetuando a anomalia vigente, em prejuízo da própria sociedade.

Assim, se antes existiam serviços de assistência judiciária prestados pelo Estado ou pelo particular, com o advento da Carta Política de 1988 criou-se uma instituição pública destinada a garantir o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que dela necessitarem, para dar eficácia aos princípios constitucionais da igualdade material e da ampla defesa, e concretude ao direito fundamental de acesso à ordem jurídica, como expressão e instrumento do regime democrático e meio para promover a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Na lição de José Afonso da Silva, o clássico direito de ação se transforma num direito de projeção social, não apenas como meio de recorrer ao Poder Judiciário para a defesa de direitos individuais, mas para o estabelecimento de um verdadeiro direito material da justiça, que requer a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que impedem o efetivo acesso à jurisdição. Segundo o jurista¹²,

¹² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. Malheiros: São Paulo, 2005.



A assistência jurídica integral e gratuita, como outras prestações positivas do Estado, procura realizar o princípio da igualização das condições dos desiguais perante a Justiça, mas é um ideal ainda longe de ser atingido, e sua insuficiência deixa o benefício em razoável desamparo, embora o sistema de defensorias públicas tenda ao aperfeiçoamento com a profissionalização específica e missioneira para o exercício desse mister.

No entanto, adverte:

Não basta o poder público oferecer serviços de assistência jurídica aos necessitados para que se efetive na prática o direito de acesso a Justiça. Enquanto não se criarem as condições econômicas e sociais indispensáveis ao gozo dos direitos fundamentais, sempre haverá dificuldades para a implementação do princípio da Justiça igual para todos, porque a relação de injustiça está na própria configuração da ordem social. Uma ordem social injusta não pode produzir um processo justo, nem, por certo, um sistema judicial de solução justa dos conflitos de interesse.¹³

Paralelo a essa evolução normativa nacional, no campo do direito internacional também foi sedimentado o conceito de que a assistência jurídica aos necessitados deve se dar por meio de defensorias públicas, de forma assemelhada ao modelo constitucional brasileiro, que tem servido de referência para a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Nesse sentido, a **Resolução AG/RES 2714 (XLII-0/12)**, aprovada pela Assembleia Geral em junho de 2012, na Bolívia, evolui em relação à resolução anterior (2.656/11) – que também abordava a questão da independência e autonomia da Defensoria Pública –, destacando para seus 35 Estados Membros a importância do serviço de assistência jurídica gratuita prestada por defensores públicos para a promoção e proteção do direito de acesso à justiça para todas as pessoas, em especial daquelas em situação de vulnerabilidade, e prevendo que a instituição goze de independência e autonomia funcional. Com esse posicionamento, a OEA rechaçou a delegação do serviço de assistência jurídica gratuita à iniciativa privada.

2 LEGISLAÇÃO FEDERAL INFRACONSTITUCIONAL

Dando efetividade ao então parágrafo único do art. 134 da Constituição de 1988 (atual parágrafo primeiro), foi sancionada pelo presidente da República Itamar Franco, sendo ministro da Justiça Maurício Corrêa, a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que “*Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados*”, constituindo um marco na história brasileira da evolução dos direitos e garantias fundamentais.

Observa-se que parte dos vetos à proposição foi posteriormente incorporada ao arcabouço legal da Defensoria Pública, valendo destacar alguns, com as respectivas razões, relativos à parte geral da lei – que renunciaram as resistências corporativas ao fortalecimento da nova instituição –, pelo seu inegável significado político e histórico, *verbis*:

Parágrafo único do art. 3º

***“Art. 3º
Parágrafo único. À Defensoria Pública é assegurada autonomia administrativa e funcional.”***

¹³ Ob. Cit.

Razões do veto

Este dispositivo assegura autonomia administrativa e funcional à Defensoria Pública, por interesse público, de acordo com o art. 66 § 1º, da Constituição Federal.

A Constituição Federal somente concedeu autonomia a dois órgãos. O art. 99 previu a autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário e o § 2º do art. 127 estabeleceu autonomia funcional e administrativa ao Ministério Público.

Por outro lado, não se concebe a concessão de autonomia administrativa e funcional a um órgão que deve estar sob o comando do Chefe do Poder Executivo, como é o caso da Defensoria Pública.

Assim, DE PLÁCIDO E SILVA, no seu Vocabulário Jurídico, conceitua autonomia como:

*“AUTONOMIA. Palavra derivada do grego **autonomia** (direito de se reger por suas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha.”*

Portanto, entendendo que, não havendo concessão constitucional, não pode a lei outorgar aquela regalia, mesmo constando do parágrafo único do art. 134 que “Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”

Ouvido o Ministério da Justiça assim se manifestou sobre os seguintes vetos:

Inciso XII do art. 4º

*“Art 4º
XII – patrocinar ação civil pública, em favor das associações que incluam entre suas finalidades estatutárias a defesa do meio ambiente e a proteção de outros interesses difusos e coletivos;
.....”*

Razões do veto

“O inciso acima referido preceitua que “patrocinar ação civil pública em favor das associações que incluam entre suas finalidades estatutárias a defesa do meio ambiente e a proteção de outros interesses difusos e coletivos” é função institucional da Defensoria Pública, embora, a nosso ver, essa competência se afaste da finalidade da Instituição, porque as associações não podem ser atendidas como necessitados, para o fim de concessão de benefício da gratuidade da justiça.”

A Procuradoria-Geral da República também argumenta:

“A ação civil pública é instrumento típico de defesa de direitos e interesses coletivos e difusos. Se à Defensoria Pública é outorgada, como missão constitucional, a defesa de direitos individuais, não será possível que este órgão seja titular de direito de ação destinada, exclusivamente, à tutela de interesses coletivos difusos. Ademais, a legitimação questionada é forma de burlar a única justificativa para a legitimação das associações, já que esta lhes foi atribuída exatamente pela sua capacidade de prover os meios para a defesa dos direitos que seus estatutos mandam observar. Acrescente-se que a legitimação das associações veio a atender aos reclamos da sociedade moderna de uma maior participação da sociedade civil em questões relevantes, sem a tutela de qualquer ente estatal, e como forma de exercício do direito da própria cidadania. A própria Constituição Federal, quando pretendeu legitimar órgão estatal na defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conferiu, expressamente, tal legitimação, no artigo 129, inciso III, ao Ministério Público.

Além disso, a expressão patrocinar ação civil pública significa dizer que a Defensoria Pública poderá, sem mandato e ao seu livre arbítrio, na realidade, propor ação em defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, fugindo assim da sua área de competência essencial, que é a de defender os necessitados, individualmente considerados “ arts. 134 e 5 – LXXIV da CF.



Inciso XIII do art 4º

“Art. 4º
XIII – homologar transações extrajudiciais.
.....”

Razões do veto

“A homologação de transação extrajudicial, que valerá como título executivo extrajudicial, é a nosso ver, atividade incompatível com a função institucional da Defensoria Pública, incumbida de “prestar assistência jurídica judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados.

Ora, o Defensor Público representa a parte necessitada e, portanto, pleiteia interesse particular que se opõe a interesse próprio alheio, diverso do seu.

Tendo em vista que a transação é ato jurídico que dirime obrigações litigiosas ou duvidosas mediante concessões recíprocas das partes interessadas, não há como compatibilizar a função daquele que homologa essa concessão, cujo pressuposto é a ausência de interesse no litígio, com a sua condição de representante da parte, que pressupõe, ao contrário, a defesa de um direito em detrimento de outro que lhe é oposto.”

§ 1º do art. 4º

“Art. 4º
§ 1º A defesa da criança e do adolescente caberá, especialmente, nas hipóteses previstas no § 3º do art. 227 da Constituição Federal.
.....”

Razões do veto

A Procuradoria-Geral da República justifica:

“Este parágrafo trata de interesses difusos e coletivos relacionados com programas de assistência e prevenção, estímulos do Poder Público, incentivos fiscais e subsídios para as atividades de proteção às crianças. A defesa destes interesses cabe ao Ministério Público da União (CF/88, art. 129, IV; LC 75/93, art. 6º, VI, b). A defesa dos direitos individuais da criança e do adolescente pela Defensoria Pública já se encontra prevista no inciso VII do mesmo art. 4º do projeto.”

§ 3º do art. 4º

Art. 4º

§ 3º Os acordos celebrados pelas partes, se homologados por Defensor Público, valerão como título executivo extrajudicial.”

Razões do veto

A justificativa é a mesma do inciso XIII do art. 4º.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, teve papel fundamental para firmar a aplicabilidade, abrangência e alcance do ordenamento jurídico da Defensoria Pública, nos julgamentos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra alguns dos seus dispositivos, a exemplo das ADI 3.892/SC e ADI 4.270/SC, relator Joaquim Barbosa, julgadas em 14/03/2012; ADI 3.965/MG, relatora Cármen Lúcia, DJ 30/03/2012; ADI 4.056/MA, relator Ricardo Lewandowski, julgada em 07/03/2012; ADI 4.163/SP, relator Cezar Peluso, julgada em 29/02/2012; ADI 4.246/PA, relator Ayres Britto, DJ 30/08/2011; ADI 3.700/RN, relator Ayres Britto, DJ 06/03/2009; ADI 3.043/MG, relator Eros Grau, DJ 27.10.2006; ADI 2.229/ES, relator Carlos Velloso, DJ 25/06/2004, entre outras, assim como no AI 598.212-ED/PR, relator Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.4.2014, sempre afirmando e reafirmando a importância da instituição e a necessidade de se assegurar a sua autonomia.

A Lei Complementar nº 80, de 1994 foi reformada pela Lei Complementar Federal nº 132, de 07 de outubro de 2009, sancionada pelo presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sendo ministro da Justiça Tarso Genro, que ampliou seus objetivos e suas funções, compatibilizou seus institutos com a nova ordem constitucional e regulamentou a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública.

Nesse sentido, de acordo com o art. 1º da LC nº 80/94, com a redação da LC nº 132/09,

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Em conformidade com essas disposições e de acordo com os artigos 97-A e 97-B da LC nº 80/94, introduzidos pela LC nº 132/09, a Defensoria Pública é autônoma no exercício de sua função de prestar assistência jurídica e pratica atos próprios de gestão, os quais têm eficácia plena e executoriedade imediata.

No intervalo dessas duas leis complementares foram editadas simultaneamente duas importantes leis dispendo sobre a Defensoria Pública, ambas sancionadas em 15/01/2007 pelo vice-presidente José Alencar Gomes da Silva, no exercício da presidência da República: a **Lei nº 11.448**, que altera o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando a Defensoria Pública para sua propositura; e a **Lei nº 11.449**, que altera o art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e determina que *“Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”*.

Posteriormente foi editada a **Lei nº 12.313, de 19/08/2010**, sancionada pelo presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, que altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública, tornando-a órgão da execução penal destinado a velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, de forma individual e coletiva.

A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública conferida pela Lei nº 11.448/2007, reafirmada posteriormente em termos mais amplos pela Lei Complementar nº 132, de 2009 e pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014, foi impugnada por meio da ADI 3943, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, cujo julgamento, relatado pela ministra Cármen Lúcia e encerrado em 07/05/2015, foi ementado nos seguintes termos, *verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007).



TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

A propósito do julgamento da ADI 3943, conforme foi divulgado em “Notícias STF” de 07 de maio de 2015,¹⁴ *verbis*:

Seguindo o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, os ministros entenderam que o aumento de atribuições da instituição amplia o acesso à Justiça e é perfeitamente compatível com a Lei Complementar 132/2009 e com as alterações à Constituição Federal promovidas pela Emenda Constitucional 80/2014, que estenderam as atribuições da Defensoria Pública e incluíram a de propor ação civil pública.

A relatora argumentou que não há qualquer vedação constitucional para a proposição desse tipo de ação pela Defensoria, nem norma que atribua ao Ministério Público prerrogativa exclusiva para ajuizar ações de proteção de direitos coletivos. Segundo a ministra, a ausência de conflitos de ordem subjetiva decorrente da atuação das instituições, igualmente essenciais à Justiça, demonstra inexistir prejuízo institucional para o Ministério Público.

“Inexiste nos autos comprovação de afetar essa legitimação, concorrente e autônoma da Defensoria Pública, às atribuições do Ministério Público, ao qual cabe promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei, mas não se tem esse ditame no que diz respeito à ação civil pública”, afirmou.

A ministra salientou que, além de constitucional, a inclusão taxativa da defesa dos direitos coletivos no rol de atribuições da Defensoria Pública é coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais de se garantir e ampliar os instrumentos de acesso à Justiça. Em seu entendimento, não é interesse da sociedade limitar a tutela dos hipossuficientes. Ela lembrou, ainda, que o STF tem atuado para garantir à Defensoria papel de relevância como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado.

“A ninguém comprometido com a construção e densificação das normas que compõem o sistema constitucional do estado democrático de direito interessa alijar aqueles que, às vezes, têm no Judiciário sua última esperança, pela impossibilidade de ter acesso por meio dessas ações coletivas”, afirmou a relatora, ao evidenciar a possibilidade de, por meio de uma ação coletiva, evitar-se centenas de ações individuais.

A ministra ressaltou, por fim, a importância da ampliação dos legitimados aptos a propor ação para defender a coletividade. Segundo ela, em um país marcado por inegáveis diferenças e por concentração de renda, uma das grandes barreiras para a implementação da democracia e da cidadania ainda é o acesso à Justiça. “O dever estatal de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir essas enormes diferenças passa pela operacionalização dos instrumentos que atendam com eficiência a necessidade de seus cidadãos”, argumentou a ministra Cármen Lúcia.

O entendimento da relatora foi seguido por unanimidade no Plenário.

¹⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085&caixaBusca=N>

Nesse cenário, abre-se parêntese para destacar o **Projeto de Lei Complementar (PLS) 225/2011**, de autoria do senador José Pimentel (PT/CE), a partir de iniciativa da Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, sob a presidência de André Luís Machado de Castro (DPE/RJ), que coordenou grupo de trabalho constituído por defensores públicos para formular anteprojeto de lei complementar, relatado por Glauco David de Oliveira Sousa, alterando dispositivos da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, atribuindo à Defensoria Pública Estadual os direitos e deveres nela previstos, dissociando seu orçamento do Poder Executivo e fixando o limite de gasto com pessoal, nos moldes preconizados para o Ministério Público Estadual. Protocolado em 05/05/2011, o PLS 225/2011 teve tramitação célere, acompanhada por defensores públicos de todo o Brasil, liderados pela ANADEP, em parceria com então Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais – CONDEGE, presidido pela Defensora Geral de Minas Gerais Andréa Abritta Garzon, sendo aprovado com 57 votos a favor e 4 contrários, com apenas uma emenda formal, em sessão plenária do Senado Federal de 29/11/2011.

Remetido à Câmara Federal em 01/12/2011, o PLS 225/2011 recebeu a denominação de **Projeto de Lei Complementar nº 114, de 2011, do Senado Federal (PLP 114/2011)** e igualmente teve tramitação célere para a complexidade da matéria, sendo aprovado por unanimidade, com 289 votos, em sessão plenária de 21/11/2012. Remetido à sanção presidencial, surpreendentemente o PLP 114/2011 recebeu o Veto Total nº 44/2012, “*por contrariedade ao interesse público*”, conforme a Mensagem nº 581, de 19/12/2012 (DOU de 20/12/2012), da presidente da República Dilma Rousseff, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

Ouvidos, os Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, e da Fazenda manifestaram-se pelo veto ao projeto pela seguinte razão:

‘Os secretários de Fazenda, Finança ou Tributação que representam os Estados e o Distrito Federal no Conselho Nacional de Política Fazendária manifestaram-se pelo veto integral ao projeto, com base em estudos técnicos que apontam que, na atual conjuntura, a redução do percentual de comprometimento da despesa de pessoal em relação à Receita Corrente Líquida teria consequências extremamente danosas às unidades da Federação, uma vez que muitas delas seriam impossibilitadas de cumprir as obrigações estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, ainda que meritória a intenção do projeto de valorizar as defensorias públicas, a restrição do limite de gasto do Poder Executivo Estadual ensejaria sérias dificuldades para as finanças subnacionais.’

Desde então ANADEP e CONDEGE trabalham para instituir regime de urgência que possibilite a apreciação pelo Congresso Nacional do Veto Total nº 44/2012, em cenário mais gravoso, sob a perspectiva dos fundamentos do veto, como produto da crise econômica que escasseia recursos, limita a ação estatal e reorienta prioridades.

Espelhando esse contexto, a Lei Federal nº 13.105, de 16/03/2015 – Código de Processo Civil, que entrará em vigor um anos depois de sua publicação, tem mais de meia centena de disposições acerca da Defensoria Pública e/ou de seus membros,



a exemplo do contido no art. 3º, §3º, que dispõe sobre a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos; no art. 11, p.u.; no art. 72, p.u. (exercício da curatela); no art. 77, §6º (exclusão de multa por conduta caracterizada como ato atentatório à dignidade da justiça); no art. 91 (pagamento de despesas com atos praticados pelo vencido ao final); no art. 139, X, ao tratar de demandas individuais repetitivas; entre outros, além de um título próprio, que abrange os artigos 185 a 187, lavrados nos seguintes termos, *verbis*:

**TÍTULO VII
DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

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

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º.

§ 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

§ 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.

§ 4º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Defensoria Pública.

Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Sob essas premissas estão em curso estudos voltados para nova reforma da Lei Complementar nº 80/1994, destinada a atualizar seus institutos em decorrência da aprovação da Emenda Constitucional nº 80, de 2014.

3 LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O registro mais antigo acerca de *assistência judiciária* na legislação do Estado de Minas Gerais encontra-se no Decreto-Lei 1630, de 15/01/1946, baixado por Nísio Batista de Oliveira, que continha a organização judiciária do Estado de Minas Gerais, cujo art. 9º, d, previa, em cada comarca, entre outros serviços próprios do sistema de Justiça, a existência da Assistência Judiciária, e assim dispunha, *verbis*:

**CAPÍTULO VIII
Representação e Assistência Judiciária**

(...)

**SEÇÃO TERCEIRA
Do benefício da justiça gratuita**

(...)

Art. 84 - 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, que compreenderá as seguintes isenções:

- I) das taxas judiciárias e dos selos;*
- II) dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários ou auxiliares da justiça;*
- III) das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;*
- IV) das indenizações devidas a testemunhas;*
- V) dos honorários de advogado e perito;*
- VI) dos selos, taxas e emolumentos das certidões e documentos necessários à defesa de seu direito; expedidos pelos funcionários ou repartições estaduais ou municipais.*

Art. 85 – Não sendo o advogado escolhido pela parte, deverá sê-lo pela assistência judiciária e, em falta desta, nomeado pelo juiz.

Parágrafo único – Em casos de urgência, poderá o Juiz fazer a nomeação, livremente, à revelia da assistência judiciária.

Art. 86 – Apurada a inexistência ou desaparecimento do requisito necessário à sua concessão, a revogação do benefício poderá operar-se em qualquer tempo.
§ 1º – A revogação será decretada ex-officio, mediante representação da parte contrária ou do representante do Fisco.

§ 2º – Revogado o benefício, tornar-se-ão exigíveis os selos, impostos e custas dos atos requeridos pelo assistido, devendo, além disso, a decisão revocatória condená-lo, na hipótese de falsidade de declarações ou ocultação dolosa da obtenção de recursos, à revalidação, quando for caso, e à multa de quinhentos cruzeiros a dois mil cruzeiros.

§ 3º – Em matéria cível, o beneficiado não prosseguirá no processo, depois da revogação do benefício, nem será ouvido, sem que pague todas as despesas judiciais e a multa que lhe houver sido imposta.

§ 4º – As disposições deste artigo não se aplicam às causas de locação de serviços, quando propostas pelos locadores.

Não obstante a previsão da Carta Política de 1946, a Constituição Mineira 1947, de 14/07/1947, nada dispunha sobre assistência judiciária.

O registro mais antigo acerca de **Defensoria Pública** na legislação mineira foi localizado no **Decreto nº 18.025, de 04/08/1976**, baixado pelo governador do Estado Antônio Aureliano Chaves de Mendonça, que dispunha sobre o Sistema Operacional do Interior e Justiça, reorganizava a Secretaria de Estado do Interior e Justiça e dava outras providências, cujo art. 4º, inciso X, previa a existência da Defensoria Pública na estrutura orgânica da Secretaria de Estado do Interior e Justiça e assim dispunha, *verbis*:

CAPÍTULO III
Competências e Atribuições
SEÇÃO XI
Defensória Pública

Art. 15 – A Procuradoria de Assistência Judiciária, integrante da estrutura orgânica da Secretaria de Estado do Interior e Justiça, nos termos do artigo 14 do Decreto n.º 17.112, de 22 de abril de 1975, passa a denominar-se Defensória Pública:

Art. 16- À Defensória Pública compete:

- I – dirigir, coordenar, controlar e executar os serviços de assistência judiciária aos necessitados na capital e no interior do Estado, em primeira e segunda instancias e prestar-lhes assistência junto às repartições públicas;*
- II – fazer levantamento, em áreas sociais de população carente de recursos, dos casos que exijam assistência, adotando a medida cabível para a sua solução judicial ou extrajudicial;*



III – solicitar a colaboração do Juizado de Paz, do órgão do Ministério Público e do Juizado de Menores para a solução de casos judiciais ou extrajudiciais;
IV – prestar assistência jurídica aos necessitados no encaminhamento de negócios que realizem;
V – implantar a assistência judiciária nas comarcas do interior do Estado;
VI – sugerir e preparar ajustes com estabelecimentos de ensino e entidades de assistência social.

Posteriormente, a **Lei Estadual nº 7.900, de 23/12/1980**, sancionada pelo governador do Estado Francelino Pereira dos Santos, que institui a Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais e dá outras providências, no seu art. 59 assim dispôs, *verbis*:

Art. 59 – Fica o Poder Executivo autorizado a criar o Quadro dos Defensores Públicos da Defensoria Pública, podendo aplicar os parâmetros constantes desta Lei.

§ 1º – A Defensoria Pública, observadas as disposições da legislação federal pertinente, terá a sua organização fixada por decreto.

§ 2º – Os primeiros provimentos dos cargos de Defensor Público atenderão aos parâmetros dos artigos 52, 53 e 54 desta Lei.

Conforme previsto na Lei nº 7.900, o governador do Estado Francelino Pereira dos Santos baixou foi baixado o **Decreto nº 21.453, de 11/08/1981**, que dispõe sobre a organização e competência da Defensoria Pública, cria a carreira de Defensor Público e dá outras providências.

Nos termos do art. 2º do aludido Decreto nº 21.453/1981, **compete à Defensoria Pública** executar o serviço de assistência judiciária aos necessitados, na Capital e no interior do Estado, em primeira e segunda instâncias, bem como assisti-los junto às repartições públicas; fazer levantamento, em área social de população carente de recursos, dos casos que indiquem a necessidade de assistência, adotando a medida cabível para sua solução judicial ou extrajudicial; solicitar a colaboração do Juizado de Paz, do órgão do Ministério Público e do Juizado de Menores para a solução de caso judicial ou extrajudicial; prestar assistência jurídica ao necessitado no encaminhamento de questão de seu interesse; propor a realização de convênio ou ajuste com estabelecimento de ensino e entidade de assistência social ou jurídica no interior do Estado; e a prestação de assistência jurídica ao consumidor.

O art. 6º do decreto disciplina as **competências do Procurador-Chefe da Defensoria Pública**, dentre elas dirigir, coordenar, programar e controlar a prestação de serviço de assistência judiciária ao necessitado; dirigir e representar a Defensoria Pública; planejar e executar, em todo o Estado, a política de assistência judiciária; propor a celebração de convênio ou ajuste com entidade pública e privada, visando à melhoria, ampliação ou execução do serviço de assistência judiciária; encaminhar ao secretário de Estado do Interior e Justiça o expediente, ato e estudo de interesse da Defensoria Pública inclusive os relativos aos direitos dos Defensores Públicos; expedir ordem, norma e instrução ao servidor da Defensoria Pública e orientar e fiscalizar sua atividade; requisitar, dos órgãos da Administração Pública, documento, exame, diligência e esclarecimento necessários à atuação da Defensoria Pública; propor a abertura de concurso para provimento de cargo de Defensor Público, nos termos deste Decreto e designar Defensor Público para ter exercício em órgãos da Defensoria Pública.

Já o art. 11 dispõe sobre as **competências do Defensor Público**, dentre elas atender e orientar o assistido; tentar a composição amigável das partes, sempre que possível; defender o direito do necessitado, providenciando para que o feito tenha normal tramitação e prestar orientação jurídica ao necessitado.

No que se refere à carreira de Defensor Público, de acordo com o art. 13 do decreto, *verbis*:

A carreira de Defensor Público é constituída de classes de cargos denominados Defensor Público de 1ª Classe, Defensor Público de 2ª Classe e Defensor Público de Classe Especial, com o número de cargos e vencimento previstos no Anexo deste Decreto.

E quanto à forma de ingresso na carreira, de acordo com o art. 14 do decreto, *verbis*:

O ingresso na carreira de Defensor Público dar-se-á em cargo de Defensor Público de 1ª Classe e dependerá de aprovação em concurso público, de provas e títulos, obedecida a ordem de classificação, realizado com a participação do representante da Ordem dos Advogados do Brasil indicado pelo Conselho Seccional.

Parágrafo único - O concurso de que trata este artigo será realizado através do órgão próprio da Secretaria de Estado de Administração, por solicitação da Secretaria de Estado do Interior e Justiça.

O art. 21 do Decreto nº 21.453/81 fixa a **composição numérica dos cargos de Defensor Público em 115 cargos**, mediante a criação e transformação de cargos, nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 21 - A composição numérica dos cargos da carreira de Defensor Público é de 115 (cento e quinze) cargos, distribuídos pelas classes constante do Anexo deste Decreto, e resulta da criação de cargos e da transformação dos cargos de Advogado NS-13, do Quadro Permanente (Códigos IJ-1 a IJ-30, IJ-32 e IJ-33, IJ-35 a IJ-69 e IJ-97 e IJ-248) e de 1 (um) cargo de Advogado Judiciário I, nível XVII, do Quadro Suplementar, lotados na Secretaria de Estado do Interior e Justiça.

Finalmente, o art. 22 e parágrafo único do Decreto nº 21.453/81 estabelecem os **critérios para os primeiros provimentos efetivos em cargos das classes de Defensor Público**, mediante opção, prevendo, inclusive, a possibilidade de exceder o número de cargos previstos para a respectiva classe, extinguindo-se com a vacância os cargos excedentes até alcançar a composição numérica correspondente.

A **Lei Estadual nº 8.251, de 07/07/1982**, também sancionada pelo governador do Estado Francelino Pereira dos Santos, que dispõe sobre vencimento e criação de cargo na Assessoria Técnico-Legislativa e dá outras providências, estabelece no seu art. 17, *verbis*:

Art. 6º - Os atuais ocupantes do cargo de Advogado de Ofício da Justiça Militar passam a integrar o Quadro da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, ao nível de Defensor Público de 1ª Classe.



A **Lei Estadual nº 9.265, de 18/09/1986**, sancionada pelo governador do Estado Hélio Carvalho Garcia, que dispõe sobre os valores de vencimento dos cargos do Ministério Público, da Assessoria Técnico-Consultiva do Governador do Estado, da Procuradoria Geral do Estado, da Procuradoria Fiscal, da Defensoria Pública e dos símbolos dos cargos da Polícia Civil, e dá outras providências, estabelece no seu art. 18 que, *verbis*:

Art. 18 – Fica o Poder Executivo autorizado a enquadrar no cargo de Defensor Público de 1ª Classe os funcionários públicos efetivos bacharéis em Direito, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Minas Gerais, que, na data desta lei tenham completado 5 (cinco) anos de serviço público estadual, devidamente comprovados, e que se encontrem em exercício na Defensoria Pública.

A **Lei Estadual nº 9.516, de 29/12/1987**, sancionada pelo governador do Estado Newton Cardoso, que transforma em Secretaria de Estado da Justiça a Secretaria de Estado do Interior e Justiça, cria o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos e dá outras providências, cria 250 cargos de Defensor Público, por meio do art. 17 que, *verbis*:

Art. 17 – Ficam criados no Anexo do Decreto nº 21.453, de 11 de agosto de 1981, 1 (um) cargo de provimento em comissão de Chefe de Secretaria de Apoio Técnico e Administrativo, de recrutamento limitado, com vencimento correspondente ao de Defensor público de 1ª Classe, e 250 (duzentos e cinquenta) cargos de Defensor público no quadro de Pessoal da Defensoria Pública, (Vetado) realizado o provimento inicial através de concurso público de provas e títulos.

A **Lei Estadual nº 9.943, de 20/09/1989**, também sancionada pelo governador do Estado Newton Cardoso, que dispõe sobre a reestruturação de cargos do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral, da Defensoria Pública e da Procuradoria Fiscal do Estado e dá outras providências, **vinculava o padrão remuneratório e instituía correspondência de classes dessas carreiras com as do Ministério Público**, nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 1º – Os valores de vencimento dos cargos de provimento efetivo e em comissão dos Quadros de Pessoal da Procuradoria-Geral, da Defensoria Pública e da Procuradoria Fiscal do Estado, de que tratam, respectivamente, a Lei nº 9.724, de 29 de novembro de 1988, e os Decretos nºs 21.453 e Decretos 21.454, ambos de 11 de agosto de 1981, corresponderão, a partir de 1º de julho de 1989, a 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores básicos dos vencimentos dos membros do ministério Público e, a partir de 1º de dezembro de 1989, a 100% (cem por cento).

Parágrafo único – A correspondência de classes, para efeito deste artigo, é a constante do Anexo desta Lei.

O art. 1º, parágrafo único e seu anexo, da Lei Estadual nº 9.943/89, assim como o art. 6º, parágrafo único e seus incisos, da Lei Estadual nº 9.769/89, que dispõe sobre os valores dos símbolos de vencimento dos cargos do Quadro Específico da Polícia Civil foram declarados inconstitucionais, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 171, proposta pelo Procurador-Geral da República em face do disposto no art. 273 da Constituição do Estado de Minas Gerais, também impugnado, que assegurava isonomia de remuneração, entre os cargos finais das carreiras do Ministério Público, de Procurador do Estado, de Procurador da Fazenda Estadual, de Defensor Público e de Delegado de Polícia, nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 273 – Para cumprimento do disposto no art. 131, é assegurada isonomia de remuneração entre os cargos finais das carreiras do Ministério Público, de Procurador do Estado, de Procurador da Fazenda Estadual, de Defensor Público e de Delegado de Polícia, observada a diferença não excedente a dez por cento de uma para outra classe das respectivas carreiras.”

O acórdão proferido pelo STF no julgamento da ADI 171 foi assim ementado, *verbis*:

ADI 171 / MG - MINAS GERAIS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 15/04/1993 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 03-06-1994 PP-13853 EMENT VOL-01747-01 PP-00001

Parte(s)

REQTE.: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDA.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVDO.: FRANCISCO MANOEL XAVIER DE ALBUQUERQUE

ADVDS.: JOÃO NOGUEIRA DE REZENDE E OUTROS

Ementa

ISONOMIA DE VENCIMENTOS DAS “CARREIRAS JURIDICAS” (CF, ARTS. 135, 241, 37, XIII E 39, PAR. 1.): INTELIGENCIA E ALCANCE. 1. RECUSA DO ENTENDIMENTO DE QUE O SENTIDO DO ART. 135 CF, NÃO SERIA O DE VINCULAR RECIPROCAMENTE A REMUNERAÇÃO DAS DIFERENTES CARREIRAS A QUE ALUDE, MAS APENAS O DE EXPLICITAR QUE A CADA UMA DELAS SE APLICA O ART. 39, PAR. 1.: SENDO CERTO QUE OS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS GERAIS ATINENTES AOS SERVIDORES PUBLICOS, INCLUIDO O DA ISONOMIA DO ART. 39, PAR. 1., SE APLICAM, SALVO DISPOSIÇÃO EM CONTRARIO, AS CARREIRAS ESPECIAIS PREVISTAS NA PROPRIA CONSTITUIÇÃO, A INTERPRETAÇÃO PROPOSTA, ALÉM DE REDUZIR A NADA O SENTIDO DO ART. 135, CONTRARIA A SIGNIFICAÇÃO INEQUIVOCA QUE LHE ADVEM DA CONJUGAÇÃO COM O ART. 241 DA LEI FUNDAMENTAL. 2. PARA NÃO SUBTRAIR-LHES O EFEITO UTIL, O SIGNIFICADO A EMPRESTAR AOS ARTS. 135 E 241, CF, HÁ DE SER O DE QUE, PARA OS FINS DO ART. 39, PAR. 1., AS CARREIRAS A QUE SE REFEREM SE CONSIDERAM ASSEMELHADAS POR FORÇA DA CONSTITUIÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA SIMILITUDE REAL OU NÃO DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS QUE AS COMPOEM OU DE SUAS CARACTERISTICAS FUNDAMENTAIS. 3. DESSA ASSIMILAÇÃO FICTA, IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO, A CONSTITUIÇÃO MESMA, ENTRETANTO, IMPÕE QUE, MEDIANTE REDUÇÃO SISTEMÁTICA DO ALCANCE APARENTE DO ART. 135, SE EXCLUA DO SEU CAMPO NORMATIVO A CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ALÉM DE SEU INCONFUNDIVEL PERFIL CONSTITUCIONAL, A INICIATIVA RESERVADA AO PROPRIO MINISTERIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DA FIXAÇÃO DOS VENCIMENTOS DOS SEUS MEMBROS E INCOMPATIVEL COM A PRETENDIDA REGRA DE COMPULSORIA EQUIPARAÇÃO DELES AOS DE SERVIDORES CUJA REMUNERAÇÃO E FIXADA EM LEI DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO. 4. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, NO QUE ASSEGURA A ISONOMIA DE VENCIMENTOS ENTRE AS CARREIRAS DE PROCURADOR DO ESTADO E DA FAZENDA ESTADUAL, DE DEFENSOR PÚBLICO E DE DELEGADO DE POLICIA, REDUZIDA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE A ALUSAO, NA MESMA REGRA, A DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Decisão

Por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente, em parte, a ação, declarando, no texto do art. 273 da Constituição do Estado de Minas Gerais, a inconstitucionalidade das expressões “do Ministério Público”, bem como a inconstitucionalidade do art. 6º, parágrafo único e seus incisos,



da Lei Estadual n. 9.769, de 31.5.1989 e, ainda, do art. 1º, parágrafo único e seu anexo, da Lei Estadual n. 9.943, de 20.9.1989, vencidos, em parte, o Ministro Relator, que julgou procedente in totum a ação, e os Ministros Francisco Rezek, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello e Néri da Silveira, que a julgaram improcedente, declarando, em consequência, a constitucionalidade dos dispositivos impugnados. Votou o Presidente. Falaram: pela Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (requerida), o Dr. Francisco Manoel Xavier de Albuquerque e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, Vice-Procurador-Geral da República. Plenário, 15.4.93.

Assim, em julgamento encerrado em 15/09/1993 – anteriormente à edição da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, em 12/01/1994, e das reformas constitucionais que estabeleceram a simetria jurídica das instituições essenciais à função jurisdicional do Estado –, decidido por seis a cinco, pelo voto do ministro presidente, Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a isonomia de vencimentos das carreiras jurídicas do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais com o Ministério Público.

O aludido art. 273 da Constituição Mineira foi revogado pelo art. 6º da Emenda à Constituição nº 40, de 24/5/2000, que dispõe sobre a fixação de padrões de vencimentos e veda a vinculação ou equiparação de espécies remuneratórias para efeito de remuneração de servidor público.

Em 21/01/1998 foi editada a **Lei Estadual nº 12.765**, sancionada pelo governador do Estado Eduardo Azeredo, que dispõe sobre o número de Defensores Públicos no Estado e dá outras providências. Essa lei é originária do projeto de lei nº 1.392/97, de iniciativa da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para apurar denúncias que envolviam o sistema penitenciário do Estado, a qual estabeleceu em seu art. 1º que, *verbis*:

O número de Defensores Públicos no Estado será igual ou superior ao de Juízes de Direito de 1ª Instância.

Como registro histórico, colhe-se do parecer para o 1º turno, do PL nº 1.392/97, da Comissão de Constituição e Justiça, que

[...] é relevante destacar as disposições contidas no art. 109 da precitada norma geral [a Lei Complementar Federal nº 80, de 1994], que atribui à lei estadual a incumbência de disciplinar os órgãos e os serviços auxiliares de apoio administrativo, organizando-os em quadro próprio, com cargos que atendam às peculiaridades e às necessidades da administração e das atividades funcionais da instituição. Além disso, é ainda na referida lei complementar, especificamente no seu art. 111, que encontramos um comando especialmente pertinente para respaldar a proposição ora analisada: 'O Defensor Público do Estado atuará, na forma do que dispuser a legislação estadual, junto a todos os Juízos de 1º grau de jurisdição, núcleos, órgãos judiciários de 2º grau de jurisdição, instâncias administrativas e Tribunais Superiores'. Como vemos, somente com a aprovação do projeto de lei em exame poderá o Estado contar com um quadro de Defensores Públicos suficiente para atender à demanda regional.

Já o art. 2º, da referida Lei Estadual nº 12.765/98, dispôs que, *verbis*:

Art. 2º – Fica criado o quadro suplementar da Defensoria Pública, sendo assegurado ao servidor estadual investido na função de Defensor Público o direito de permanecer nessa função.

Parágrafo único - O número das funções de que trata este artigo fica limitado a 125 (cento e vinte e cinco), extinguindo-se cada função com a respectiva vacância.

Esse artigo foi vetado pelo Governador e mantido pela Assembleia Legislativa em 15/4/1998.

Na esteira dessa lei foi editada a **Lei Estadual nº 12.986**, de 30/07/1998, também sancionada pelo governador do Estado Eduardo Azeredo, que transforma a Secretaria de Estado da Justiça em Secretaria de Estado da Justiça e de Direitos Humanos, altera dispositivos da Lei nº 9.516, de 29 de dezembro de 1987, e dá outras providências, cujo art. 8º dispõe que, *verbis*:

Art. 8º - Aos integrantes do Quadro Suplementar da Defensoria Pública investidos na função de Defensor Público, conforme o disposto na Lei nº 12.765, de 21 de janeiro de 1998, será atribuída remuneração correspondente à do Defensor Público de 1ª Classe.

Contra o art. 2º, da Lei Estadual nº 12.765/98, e o art. 8º, da Lei Estadual nº 12.986/98 foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2992, requerida pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, à qual foi negado seguimento, em decisão monocrática do relator ministro Eros Grau, nos seguintes termos, *verbis*:

A jurisprudência desta Corte é firme no tocante à imprescindibilidade de impugnação dos textos normativos que cuidem da mesma matéria atacada na ação direta. Assim, a demanda não pode ter por objeto o ataque a apenas um dos preceitos contidos no complexo normativo. O sistema de leis vinculadas a determinado tema deve ser combatido em sua íntegra. A razão desse entendimento reside no fato de a eficácia da declaração de inconstitucionalidade alcançar tão-somente o ato impugnado e não o complexo em que ele está inserido. (ADI 2.174/DF, Ministro Maurício Corrêa, DJ de 07/03/2003; ADI 1.187/DF, Ministro Maurício Corrêa, DJ de 30/05/1997; ADI 2.133/RJ, Ministro Ilmar Galvão, DJ de 09/03/2000; ADI 2.451/DF, Ministro Celso de Mello, DJ de 01/08/2001; ADI 2.972/RO, Ministro Carlos Britto, DJ de 29/10/2003). Ante essas circunstâncias, nego seguimento à presente ação direta de inconstitucionalidade.

Anteriormente, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.00.314413-6/000, requerida pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em face do aludido art. 2º, da Lei Estadual nº 12.765/98, cujo julgamento foi sobrestado em acórdão proferido pela Corte Superior em 29/10/2003 - suspendendo o curso dessa ação direta até o julgamento da referida ADI 2992, proposta perante o Supremo Tribunal Federal -, e posteriormente concluído, em acórdão proferido em 23/11/2005, assim ementado, *verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO - DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - NORMA REVOGADA POSTERIORMENTE - PERDA DE OBJETO - PRECEDENTE DO STF. Se a norma apontada como inconstitucional é revogada, a ação direta de inconstitucionalidade deve ser extinta, sem julgamento de mérito, por perda de objeto que conduz à ausência de interesse de agir.

O precedente da Corte Superior do TJMG, atual Órgão Especial, acerca do sobrestamento da ADI estadual em face da concomitância de ADI federal com o mesmo objeto, proferido na primeira parte do julgamento da ADI 1.0000.00.314413-6/000 ensejou a edição do **Enunciado de Súmula nº 05 da Corte Mineira**, lavrado nos seguintes termos, *verbis*:



Quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de preceitos constitucionais estaduais que são reprodução de preceitos da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

Como fato histórico, registra-se que parte do pessoal que compunha o denominado “Quadro Suplementar da Defensoria Pública” era originário do quadro de carreira da Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais – MinasCaixa, autarquia cuja extinção levou à absorção dos seus servidores pela Administração Direta do Estado, nos termos da Lei Estadual nº 10.470, de 15/04/1991, de iniciativa do governador do estado Hélio Garcia, os quais foram aproveitados em conformidade com os critérios da Lei Estadual nº 10.254, de 20/07/1990, que institui o regime jurídico único do servidor público civil do Estado de Minas Gerais.

Em decorrência do disposto na Lei Estadual nº 10.470/91, situação semelhante à do quadro suplementar da Defensoria Pública instalou-se nos Poderes Judiciário e Legislativo, Tribunal de Contas do Estado e Ministério Público de Minas Gerais, com fundamento no art. 7º, *verbis*:

Art. 7º – Os servidores de que trata esta Lei, se requisitados, poderão, a pedido, ser colocados à disposição do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e, sem ônus para o Estado, à disposição da União, de outras unidades da Federação, do Município e de entidades da administração indireta do Estado, observado o disposto no artigo 7º da Lei nº 8.443, de 6 de outubro de 1983.

Diferentemente da Defensoria Pública, no Poder Judiciário, Poder Legislativo, Tribunal de Contas do Estado e Ministério Público, as situações jurídicas do pessoal aproveitado da Minas Caixa foram regularizadas definitivamente, em conformidade com a Lei 10.470/91.

No Poder Judiciário, o art. 6º da Lei nº 11.333/93, de 17/12/1993, sancionada pelo governador do Estado Hélio Carvalho Garcia, assegura expressamente “aos servidores da extinta Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais em exercício nos órgãos do Poder Judiciário na data desta Lei o direito de integrar o Quadro Suplementar do Tribunal de Justiça”, desde que requisitados até 31/12/92 (art. 6º, § 2º).

No Tribunal de Contas de Minas Gerais a matéria foi tratada na Lei nº 11.816, de 26/01/1995, sancionada pelo governador do Estado Eduardo Azeredo, cujo artigo 3º atribui ao servidor estadual à disposição da Corte de Contas em 30/11/94 “requerer sua integração ao Quadro Especial de Pessoal do referido Tribunal”.

Em relação ao Ministério Público de Minas Gerais, a Lei nº 11.181/93, também sancionada pelo governador Hélio Garcia, que dispõe sobre o Plano de Carreira dos Servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e dá outras providências, institui em seu art. 3º o Quadro Especial dos Serviços Auxiliares, composto de cargos de provimento efetivo e de funções públicas (parágrafo único), as quais são unidades funcionais preenchidas por servidor público, nos termos das aludidas Lei nº 10.254/90 e 10.470/91, com direitos e obrigações de natureza estatutária. No artigo 11 verifica-se que os servidores abrangidos pelas leis retro citadas “que, em 18 de janeiro de 1993, prestavam serviços ao Ministério Público farão parte do Quadro Especial dos Serviços Auxiliares do Ministério Público”.

Além da matriz legal, consubstanciada nas Leis nº 10.254/90 e nº 10.470/91, a conformação dos quadros suplementares e a alocação dos servidores estaduais em funções públicas nos poderes e órgãos referidos têm em comum a extinção de cada função com a respectiva vacância.

A exemplo do ocorrido com as Leis nº 12.765/98 e nº 12.986/98, relativas à Defensoria Pública, contra as quais foi ajuizada a ADI 2992, o Procurador-Geral da República também ajuizou ações diretas de inconstitucionalidade em face das referidas legislações, sob o fundamento comum a todas, de ofensa ao disposto no art. 37, II, da Constituição Federal.

A ADI 1186 impugnou o referido art. 11 da Lei Estadual nº 11.181/93, que aproveitava parte do pessoal da extinta MinasCaixa pelo Ministério Público de Minas Gerais. Essa ADI foi distribuída no STF em 02/02/1995, aguarda julgamento e não teve proferida qualquer decisão.

A ADI 1251 impugnou o aproveitamento de parte do pessoal da extinta Minas Caixa pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, por meio da referida Lei Estadual nº 11.816/95. A ADI foi distribuída no STF em 14/03/1995, que em votação unânime concluída em 30/06/1995, deferiu o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 3º, com efeitos *ex-nunc*, isto é, preservando a situação existente. Desde então aguarda julgamento.

Nesse contexto, a Defensoria Pública atuava para ser instituída nos moldes preconizados pela Constituição Federal, mediante a aprovação de sua lei complementar estadual, cuja matéria, até a edição da Emenda Constitucional nº 80, de 2014, era de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo.

Por força das iniciativas promovidas pela Associação dos Defensores Públicos de Minas Gerais – ADEP/MG, presidida à época por Egberto Campos Batista, ao final do seu governo, encerrado em 31/12/1998, o governador Eduardo Azeredo apresentou à Assembleia Legislativa o projeto de lei complementar PLC 39/1998, encaminhado por meio da Mensagem nº 306/98, *verbis*:

MENSAGEM Nº 306/98*

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 1998.

Senhor Presidente,

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência, para exame dessa egrégia Assembléia Legislativa, o projeto de lei complementar incluso, que organiza a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, define sua competência e dispõe sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Defensor Público e dá outras providências.

O projeto ora encaminhado desvincula a Defensoria Pública da estrutura da Secretaria de Estado da Justiça e de Direitos Humanos e lhe confere a condição de órgão autônomo, forma de organização capaz de assegurar maior celeridade às decisões do órgão e eficiente atendimento das situações que demandam assistência jurídica nos municípios do Estado.



Trata-se, com efeito, de providência que atende à condição, reconhecida à Defensoria Pública, de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a que incumbe a orientação jurídica, a representação judicial e de defesa gratuita, em todos os graus, dos necessitados.

O projeto estabelece que a Defensoria Pública será organizada em cargos de carreira, providos na classe inicial mediante concurso público de provas e títulos, em cumprimento ao que estabelece, a esse respeito, a Constituição do Estado.

São esses, em síntese, os motivos de adoção do projeto, que ora encaminho ao exame dessa Casa.

O PLC 39/1998 tinha 243 artigos, estabelecia que a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais se constituía como órgão autônomo, com subordinação direta ao Governador do Estado e sob os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade, impessoalidade e independência funcional; dispunha como sendo de sua competência promover, extrajudicialmente, a orientação e conciliação entre as partes em conflito de interesse; atribuía poderes para elaborar a sua programação financeira anual, elaborar folhas e demonstrativos de pagamento, decidir sobre matéria funcional e administrativa dos seus membros e dos serviços auxiliares, ativo e inativo, organizados em quadros próprios, adquirir material, equipamento e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização; e exercer o controle interno de suas atividades.

Além disso, o PLC 39/1998 previa que o quadro de Defensores Públicos seria composto por número igual ou maior ao dos juízes de primeira instância e criava 770 cargos de carreira, distribuídos em três classes, além dos cargos de Defensor-Geral, dois Subdefensores-gerais, um Corregedor-geral e cinco Subcorregedores-Gerais, designados pelo Defensor Público-Geral, dentre os Defensores Públicos de Classe Especial, integrantes de igual número de listas tríplices, elaboradas pelo Corregedor-Geral, para atuar sem dispensa de suas atribuições ordinárias.

Os órgãos de atuação eram compostos por Núcleos Cíveis, com atribuições nos Juízos Cíveis, de Família, de Falências e Concordatas, de Registros Públicos, de Sucessões, de Curadoria de Ausentes e Especial, e de Fazendas Públicas; Núcleos Criminais, com atribuições no Juízo Criminal, Tribunal do Júri, Auditoria Militar, Execução Penal e estabelecimentos policiais e penitenciários; e Núcleos Especializados, com atribuições perante os Juizados Especiais, Juizados de Defesa do Consumidor, Infância e da Juventude, Tribunais locais e Superiores e Conselho da Mulher.

De acordo com o PLC 39/1998, somente poderiam ser designados para atuar perante os Tribunais locais e Superiores os membros da Defensoria Pública que, nos dois anos anteriores, tivessem frequentado, com aproveitamento, curso de aprimoramento funcional para essa finalidade, realizado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, órgão auxiliar da Defensoria Pública, assim como os Centros de Apoio Operacional e a Comissão de Concurso.

Antes da tramitação legislativa, contudo, o governador Itamar Gautiero Franco solicitou a retirada do PLC 39/1998, para avaliação, por meio do ofício 50/1999, publicado no Diário Legislativo de 15/01/1999.

A justificativa para a retirada do projeto era a necessidade de o governo recém-empossado ter conhecimento de matéria que gerava despesa para o Estado e alterava a estrutura da Administração, com estimativa de prazo de um ano para a devolução.

Posteriormente, Itamar Franco apresentou o Projeto de Lei nº 1266, de 08/11/2000, que dispunha sobre medidas de reestruturação em órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. Embora a detalhada Mensagem 148/2000 não mencionasse, o art. 111, XI, do PL 1266/2000 incluía a Defensoria Pública na estrutura orgânica da Secretaria de Estado da Justiça e Direitos Humanos, dispondo de forma singela sobre a sua estrutura, nos moldes do contido no Decreto 21.453/81. A Secretária de Justiça e Direitos Humanos era Ângela Maria Prata Pace de Assis e Misabel Abreu Machado Derzi chefiava a Procuradoria-Geral do Estado.

De acordo com a Mensagem 148/2000, o PL 1266/2000 é originário da Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral, conduzida à época por Mauro Santos Ferreira, com apoio da Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração e da Secretaria de Estado da Fazenda, e reflete *“estudo de reorganização de um conjunto de órgãos e entidades que integram o setor público do Poder Executivo, objetivando o aumento da produtividade, racionalidade, transparência e qualidade dos serviços públicos, eliminando superposições e desperdícios e reduzindo despesas”*.

O PL 1266/2000 sofreu forte resistência. A Assembleia Legislativa realizou audiência pública, promovida pela ADEP/MG, em auditório lotado, com a participação do presidente da ANADEP Roberto Freitas Filho (DPE/PI), e a presença dos defensores públicos Edmundo Antônio de Siqueira Campos de Barros (DPE/PE), Roberto Reis e Rogério Devisate (DPE/RJ), onde foram demonstradas as inconstitucionalidades formais e materiais das disposições sobre a Defensoria Pública, que contribuíram para a retirada do projeto, o que ocorreu durante a tramitação legislativa de primeiro turno, conforme requerimento apresentado pelo governo do Estado em 07/03/2001, cujo deferimento foi publicado no Diário Legislativo de 09/03/2001.

Na sequência, por meio da Portaria nº 031/2001, de 23/04/2001, a Procuradora-Chefe da Defensoria Pública, Moema Guaraciaba Gomes Pereira, constituiu Comissão de Revisão do Anteprojeto de Lei Complementar que organiza a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, composto por Belmar Azze Ramos, Glauco David de Oliveira Sousa, Hilton de Assis Santa Bárbara e José de Avellar Calvet Neto, cujo trabalho, desenvolvido em exíguos quinze dias, foi entregue pela Administração à Secretária de Justiça e Direitos Humanos, Ângela Maria Prata Pace de Assis, em cerimônia de homenagem à instituição realizada no auditório do Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG em 18/05/2001, sexta-feira. O dia seguinte, 19 de maio, Dia de Santo Ivo, posteriormente foi instituído como **Dia Nacional da Defensoria Pública**, por meio da **Lei Federal nº 10.448, de 09/05/2002**.

Passados cerca de treze anos da promulgação da Constituição Federal, doze anos da promulgação da Constituição Mineira e oito anos da edição da Lei Federal Complementar nº 80, de 12/01/1994, cujo art. 142 *“fixa prazo de 180 dias para que os Estados se adaptem aos seus preceitos”*, Minas Gerais ainda não dispunha de Lei Orgânica da Defensoria Pública.



Cerca de dois anos depois do PL 1266/2000, por força das iniciativas conduzidas pela ADEP/MG, presidida à época por Leopoldo Portela Júnior, foi editada a já referida **Lei Complementar nº 65, de 16/01/2003**, que organiza a Defensoria Pública do Estado, define sua competência, dispõe sobre a carreira de Defensor Público e dá outras providências, sancionada pelo governador do Estado Aécio Neves, sendo Secretário de Planejamento, Gestão e Recursos Humanos, Antônio Augusto Junho Anastasia; Secretário de Defesa Social, Lúcio Urbano da Silva Martins; e Advogado-Geral do Estado, José Bonifácio Borges de Andrada.

A Lei Complementar nº 65/2003 decorre do PLC 50/2002, enviado pelo governador do Estado Itamar Franco, para exame e deliberação da Assembleia Legislativa, por meio da Mensagem nº 265/2002, de 07/01/2002, sendo Secretária de Justiça e Direito Humanos, Ângela Maria Prata Pace de Assis, e Procuradora-Geral do Estado, Cármen Lúcia Antunes Rocha.

De acordo com a Mensagem nº 265/2002, *“A proposta regulamenta o artigo 130 da Constituição do Estado e tem por objetivo dar execução à Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que prescreve normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados, a cargo de cada ente da Federação”*.

O PLC 50/2002, contudo, não aproveitou o trabalho desenvolvido pela comissão instituída pela Portaria nº 031/2001, da Procuradora-Chefe. Embora tivesse o essencial, era modesto no conteúdo, resumido em 86 artigos. Na tramitação legislativa, em maio de 2002, com as galerias lotadas de defensores públicos e assistidos da Defensoria Pública, a Assembleia Legislativa aprovou o Substitutivo nº 01, da Comissão de Administração Pública, relatado pelo deputado Eduardo Brandão, que contemplava as iniciativas da ADEP/MG, pautadas no aludido PLC 39/1998, e tinha natureza de estatuto, dispondo em 240 artigos sobre a organização da Defensoria Pública do Estado, a carreira e o regime jurídico do seu pessoal, incluindo aposentados e pensionistas, bem como sobre a estrutura administrativa e a atividade meio.

As circunstâncias políticas e a resistência do governo aos termos aprovados provocaram impasse na tramitação do projeto, levando à mitigação do Substitutivo nº 01, para retomar a votação, justificada nos seguintes termos, *verbis*:

Assim, como forma de conciliar o tímido, porém bem intencionado Projeto de Lei Complementar nº 50/2002, aquém das exigências dos Defensores Públicos, com o Substitutivo nº 1, aprovado no 1º turno, que contém exageros na disciplina da matéria, propomos uma nova alternativa, mais coerente com a situação financeira do Estado e com a Lei de Responsabilidade Fiscal, que garanta à Defensoria Pública a estrutura necessária ao desempenho de suas relevantes atribuições.

Esse ajuste permitiu a aprovação da matéria em 10/12/2002, na fórmula apresentada em parecer de Plenário em 2º turno, sob o testemunho de dezenas de defensores públicos. A proposição de lei complementar, agora contendo 150 artigos, por isso mesmo com lacunas e contradições, foi remetida para sanção ao governador do Estado Itamar Franco em 20/12/2002, ao final do prazo regimental e perto do término do seu mandato, ocorrido em 31/12/2002, sendo sancionada com quatro vetos pelo governador Aécio Neves da Cunha em 16/01/2003, primeiro ato legislativo do novo governo, fruto das articulações antes de sua posse entabuladas pela ADEP, sob a presidência de Leopoldo Portela Júnior.

Destaca-se que originalmente o art. 46 da LC 65/2003 previa que *“O quadro de carreira da Defensoria Pública é integrado por novecentos e dezoito cargos efetivos distribuídos em classes na forma do Anexo desta lei complementar”*, e que o art. 58 estatua que *“A carreira de Defensor Público estável é constituída de três classes”* (1ª Classe – Inicial, 2ª Classe e Classe Especial), distribuídos conforme o referido anexo.

Inaugurando as disposições transitórias, o art. 127 da LC 65/2003 estabelece que a primeira eleição para a escolha do Defensor Público-Geral realizar-se-á no prazo de noventa dias contados da data de publicação da lei complementar, atribuindo em seu § 2º competência para o Procurador-Chefe em exercício, a defensora pública Moema Guaraciaba Gomes Pereira, responder pelas funções do cargo.

Abre-se parêntese para registrar que essa eleição foi realizada em 22/05/2003, concorrendo cinco candidatos, sendo Marlene Oliveira Nery nomeada por ato do governador do Estado Aécio Neves de 28/06/2003 a primeira Defensora-Geral, eleita com 70% dos votos, em lista tríplice formada com Clóvis Mendes Peres (51% dos votos) e Paulo Roberto Velloso (39,5% dos votos), com o compromisso de implantar a Lei Complementar nº 65/2003.

Destaca-se como registro histórico que a primeira eleição para o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais ocorreu em 15/12/2003, convocada por resolução da Defensora-Geral, sendo eleitos Glauco David de Oliveira Sousa (217 votos); Egberto Campos Batista (152); Beatriz Monroe de Souza (131); Andréa Abritta Garzon Tonet (131); Gustavo Corgosinho Alves de Meira (118) e Júnia Roman Carvalho (116). Também integraram a lista de suplência os candidatos José de Avellar Calvet Neto (82), Max Galdino Pawlowski (80), José Camilo de Campos Neto (78), Dhébora Maria Condé Ubaldo (74), Horácio Vanderlei Tostes (70), Clayton Rodrigues Sabino Barbosa (65), Marcelo Carneiro Vieira (61), Adriana Newman Franca Lima (61), Evaldo Gonçalves da Cunha (60), Marco Aurélio Brasil (59), Edina Serra Fratani (53), Wiliam Ricalldoni Abreu (50), Marcelo Tadeu de Oliveira (48), Maria das Dores Costa Lemos (28) e Artur Ferreira de Castro (20).

Ainda como fato histórico, registra-se que atos do governador do Estado Aécio Neves publicados em 03/04/2004 nomearam Beatriz Monroe de Souza e Ricardo Sales Cordeiro, respectivamente, como os primeiros Corregedor-Geral e Subdefensor Público-Geral da Defensoria Pública de Minas Gerais, que passaram a integrar o Conselho Superior, na condição de membros natos. Beatriz Monroe foi indicada pelo Conselho Superior (Deliberação 002/04), juntamente com Vera Lúcia Oliva Gomes Guimarães, e Ricardo Sales pela Defensora Geral. E o primeiro suplente, José Calvet, substituiu Beatriz Monroe, completando a composição da primeira Administração Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Prosseguindo, o art. 136 estabelece que o governador do Estado encaminhará à Assembleia Legislativa projeto de lei criando a estrutura complementar da Defensoria Pública, com os cargos e funções necessários à aplicação do disposto nesta lei complementar, dispondo no § 1º que *“Até que se implemente a estrutura administrativa a que se refere o ‘caput’ deste artigo, fica mantida a estrutura vigente na data de publicação desta lei complementar”*; e no § 2º que *“A Divisão de Apoio Administrativo prevista no inciso II-C do Decreto nº 21.748, de 30 de novembro de 1981, passa a denominar-se Divisão de Apoio Administrativo e Financeiro”*.



Referida lei ainda não foi aprovada, havendo anteprojeto de lei nesse sentido, desenvolvido na gestão da Defensora Geral Andréa Abritta Garzon, com participação de membros e servidores da instituição, o qual foi submetido ao exame do Poder Executivo em fevereiro de 2014, anteriormente à Emenda Constitucional nº 80/2014, mas ainda não se transformou em projeto de lei, a despeito da iniciativa de lei conferida às Defensorias Públicas por esta emenda.

O art. 137 da LC 65/03 dispõe que *“Aos membros da Defensoria Pública em exercício quando da publicação desta lei complementar, não se aplica a proibição prevista no art. 80, inciso I, até a fixação dos subsídios previstos no art. 75”*.

Esse artigo 137 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3043, sob o entendimento de que *“Improcede o argumento de que o exercício da advocacia pelos Defensores Públicos somente seria vedado após a fixação dos subsídios aplicáveis às carreiras típicas de Estado”*.

Já o art. 144 determina que *“Fica transformado em Defensor Público Geral o cargo de provimento em comissão de Procurador-Chefe da Defensoria Pública, código DDP1, símbolo DP-6A, mantidos os mesmos código e símbolo”*.

O art. 140, que integra na carreira os servidores estaduais investidos na função de Defensor Público na data de publicação da lei, aproveitados do quadro suplementar da Defensoria Pública a que se refere a Lei Estadual nº 12.765/98, e o art. 141, que aplica essa disposição aos servidores estaduais em exercício da função de Assistente Jurídico de Penitenciária, foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, por afronta ao disposto nos artigos 37, II e 134, §1º, da Constituição Federal, na ADI 3819, ajuizada em 16/11/2006, cujo tumultuado julgamento, iniciado em 11/04/2007, foi encerrado em 24/10/2007, modulando-se os efeitos a partir de 6 (seis) meses, contados dessa decisão, tendo sido interpostos embargos de declaração pela Defensoria Pública e pelo Estado de Minas Gerais.

Diferentemente das referidas ADI 1186 e 1251, ajuizadas há cerca de vinte anos, sobre leis da mesma natureza, relativas ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, respectivamente, e que nunca foram julgadas, a ADI 3819 foi decidida em tempo recorde e reflete as disputas políticas da época, que sacrificou o pessoal atingido pelo julgamento, com repercussão nas relações internas, que ainda perdura, e na imagem da instituição.

Decorrido o prazo de modulação, por atos do governador do Estado Aécio Neves de 09/05/2008, o Defensor Público-Geral foi exonerado do cargo e assim como os demais servidores alcançados pelo julgamento da ADI 3819, foi excluído do quadro de carreira da Defensoria Pública, tendo o Conselho Superior baixado a Deliberação nº 005/2008, de 09/05/2008, determinando que se abstivessem da prática de ato inerente às funções do Defensor Público.

A seguir, foi baixada a Deliberação nº 006/2008, de 13/05/2008, declarando a vacância do cargo de Defensor Público-Geral, a título precário, porque vinculada à decisão final na ADI 3.819, que aguardava julgamento dos embargos declaratórios, instaurando o processo sucessório e direcionando os servidores atingidos para atividades extrajudiciais, até definição da situação jurídica de cada um.

As eleições foram convocadas por meio da Deliberação nº 007/2008, de 20/05/2008, subscritas pelo Subdefensor-Geral Varlen Vidal, Defensor-Geral e presidente em exercício do Conselho Superior.

Em 01/10/2008, Belmar Azze Ramos, novo Defensor Geral, desistiu dos embargos declaratórios da Defensoria Pública, pedido homologado pelo STF em 09/10/2008, que em 17/06/2010 rejeitou os interpostos pelo Estado de Minas Gerais, transitando em julgado a ADI 3819.

Sob a indiferença da maioria e superando sucessivos obstáculos processuais, a definição da situação jurídica dos servidores atingidos pela ADI 3819 transcorre nas instâncias judiciais, para afirmação dos direitos individuais que não foram objetivamente afetados pelo julgamento do STF, notadamente a irredutibilidade de vencimentos, sem prejuízo dos efeitos tornados definitivos no transcurso da modulação da eficácia da decisão. Para uma instituição por definição inclusiva e garantista, a insensibilidade e a incompreensão para com a resistência desses servidores em lutar por seus direitos constitui injustificável paradoxo. São vítimas do modelo constitucional de organização da Defensoria Pública que ajudaram a construir

Ainda no plano judicial, aguarda julgamento a ADI 4346, ajuizada em 20/11/2009 pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, por provocação do Ministério Público de Minas Gerais, em face do disposto no art. 5º, §3º (o exercício da assistência jurídica aos necessitados é privativo da Defensoria Pública) e no art. 45, XXI (requisitar a instauração de inquérito policial e diligências necessárias à apuração de crime de ação penal pública), da Lei Complementar nº 65/03, por suposta ofensa ao disposto no art. 5º, incisos LV e LXXIV; art. 22, I, *caput* do art. 127 e os incisos I, III e VII do art. 129, todos da Constituição Federal, ora sob a relatoria do ministro Roberto Barroso, na qual ainda não foi proferida qualquer decisão, estando pendentes requerimentos de ADEP/MG e ANADEP.

A Lei Complementar nº 65/2003 sofreu algumas reformas, dentre elas a feita pela **(i) Lei Complementar nº 87, de 12/01/2006**, que dispôs sobre a estrutura orgânica, extinguiu e criou cargos de provimento em comissão e instituiu funções gratificadas de coordenadores; e pela **(ii) Lei Complementar nº 101, de 23/11/2007**, destacando-se a nova redação ao art. 46, ampliando o quadro de cargos da carreira de Defensor Público para mil e duzentos cargos efetivos; a alteração da estrutura da carreira prevista no art. 58 em cinco classes, sendo que a inicial subdividida em dois níveis, além de dar nova nomenclatura aos cargos (Classe I, Classe II, Classe III, Classe IV e Classe Especial); e a inclusão de parágrafo único ao art. 77, assegurando o afastamento do Defensor Público, sem prejuízo de subsídio, direitos e vantagens, para exercer a Presidência da Associação dos Defensores Públicos de Minas Gerais.

Em 07/05/2014 foi sancionada a **Lei Complementar nº 134** que reestrutura a carreira, reduz para quatro a quantidade de classes e dá nova nomenclatura aos cargos (Classe Inicial, Classe Intermediária, Classe Final e Classe Especial).



Destacam-se, como marcantes, pelo contexto em que se deram, as seguintes leis, que dispõem sobre a remuneração dos Defensores Públicos e são fruto das lutas da classe, conduzidas pela Associação dos Defensores Públicos de Minas Gerais – ADEP/MG em sucessivas gestões: a **Lei Complementar nº 92, de 23/06/2006**, sancionada pelo governador Aécio Neves, é a última fixando a tabela de vencimento básico da carreira de Defensor Público; a **Lei nº 17.162, de 26/11/2007**, sancionada pelo governador Aécio Neves, que instituiu o regime remuneratório de subsídio, fixando-lhe o valor, a partir de 1º de setembro de 2007, medida aceita como alternativa para elevar o piso salarial, que no regime de vencimento seria praticado em valores mais baixos, sem que os defensores públicos que ingressaram na carreira depois de 2003 tivessem vantagens que elevassem a remuneração; a **Lei nº 18.801, de 31/03/2010**, que reajusta o subsídio dos membros da Defensoria Pública em três etapas; e as leis subsequentes que revisaram os respectivos valores, sendo a última delas a **Lei nº 21.216, de 07/05/2014**, que fixou o subsídio nos valores atualmente praticados e reduziu o interstício entre as classes.

A Lei Complementar nº 134/2014 e a Lei nº 21.216/2014, excepcionalmente, são fruto de pioneira negociação direta entre a Defensora-Geral Andréa Abritta Garzon e o Poder Executivo, que embora sedimentadas no governo Antônio Anastasia, que se desincompatibilizou para disputar o Senado, foram sancionadas pelo governador Alberto Pinto Coelho.

Destaca-se, ainda, a **Lei Estadual nº 15.301, de 10/08/2004**, sancionada pelo governador Aécio Neves, que institui, entre outras, as carreiras de Auxiliar Administrativo da Defensoria Pública (nível elementar), Assistente Administrativo da Defensoria Pública (nível médio) e Gestor da Defensoria Pública (nível superior), cujos cargos, criados ou transformados da estrutura do Poder Executivo, passaram a compor o quadro de pessoal administrativo da Defensoria Pública de Minas Gerais e receberão o mesmo tratamento jurídico nos termos preconizados no aludido anteprojeto de lei da atividade meio.

Na Constituição do Estado de Minas Gerais, a Defensoria Pública tem previsão nos artigos 10, XV, n e 61, XII (competência legislativa); 24, §1º (remuneração); 65, §2º, IV (organização por lei complementar); 63, III, f (matéria de iniciativa privativa do governador do Estado); 118, VIII (legitimidade para propor ADI e ADC); 129 (autonomia) e 130 (competências); 134, VII (composição do Conselho de Defesa Social); 155 (composição de compatibilização das propostas orçamentárias) e 162 (recebimento em duodécimos dos recursos orçamentários).

A **Emenda à Constituição nº 75, de 08/08/2006**, acrescenta parágrafos ao art. 129 e altera a redação do *caput* do art. 162, dispondo, respectivamente, sobre a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública e lhe atribui a entrega em duodécimos dos recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias. A **Emenda à Constituição nº 73, de 29/11/2005**, que dá nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 155 da Constituição do Estado, incluindo a Defensoria Pública entre os entes com atribuições para apresentar proposta orçamentária e na composição da comissão permanente encarregada de proceder à compatibilização com os limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias;

a **Emenda à Constituição nº 79, de 11/07/2008**, que altera a redação do § 1º do art. 24 da Constituição do Estado, fixando o teto estadual de remuneração. A **Emenda à Constituição nº 88, de 02/12/2011**, que entre outras reformas, inclui a Defensoria Pública entre os legitimados do art. 118 para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Também merecem registro as seguintes menções à Defensoria Pública na legislação esparsa do Estado de Minas Gerais, por refletirem o avanço normativo da instituição, em consonância com a sua autonomia e a ampliação de suas funções: na **Lei nº 14.939, de 29/12/2003**, que dispõe sobre custas devidas ao Estado no âmbito da Justiça Estadual e inclui a instituição no rol dos isentos desse pagamento; na **Lei nº 15.289, de 04/08/2004**, que a inclui entre os beneficiários dos recursos auferidos pelo Fundo Penitenciário Estadual; na **Lei nº 15.699, de 25/07/2005**, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária para o exercício financeiro de 2006, destacando pela primeira vez a Defensoria Pública nas diretrizes gerais para elaboração do orçamento e na programação da despesa, pareada com os três poderes, o Ministério Público e o Tribunal de Contas; na **Lei nº 18.685, de 29/12/2009**, que torna obrigatória a comunicação de nascimentos sem identificação de paternidade à Defensoria Pública; na **Lei Complementar nº 135, de 27/06/2014**, que altera a Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, que contém a organização e a divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais, cujos artigos 9º, §§1º e 5º; 145, IV; 156, II, a; 165, VI; 201; 214, II; e 273, VI passaram a conter referência expressa à instituição e/ou aos seus membros, distinguindo-a da advocacia e dos advogados; na **Lei Complementar 131, de 06/12/2013**, que altera a Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, que institui o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, cria o Fundo Previdenciário de Minas Gerais – Funprev-MG – e dá outras providências, passando a instituição a compor o Conselho Consultivo do Fundo Financeiro de Previdência – Funfip (art. 5º), contribuir (art. 50), reter e recolher contribuições previdenciárias patronais e dos seus servidores e receber recursos financeiros para pagamento dos benefícios previdenciários (art. 51); e na **Lei 21.164, de 17/01/2014**, que institui o Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos de Minas Gerais – PPDDH-MG, e inclui a instituição na composição do seu Conselho Deliberativo (art. 8º) e do Sistema Estadual de Prevenção da Tortura e de Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de Minas Gerais – Sisprev/MG (art. 17), como membro permanente.

São dignos de nota o **Decreto nº 41.140, de 27/06/2000**, que institui o Programa Estadual de Proteção, Auxílio e Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas – PROVITA/MG e inclui a Defensoria Pública na composição do Conselho Deliberativo (art. 3º); o **Decreto nº 43.613, de 25/09/2003**, que dispõe sobre a composição de Conselhos de Políticas Públicas do Estado de Minas Gerais, cujo art. 8º inclui a Defensoria Pública na composição do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos – CONEDH;



o **Decreto nº 44.672, de 10/12/2007**, que dispõe sobre a transferência do processamento da folha de pagamento da Defensoria Pública; o **Decreto nº 45.742, de 22/09/2011**, que dispõe sobre o Conselho Estadual Antidrogas – CONEAD e inclui a Defensoria Pública na sua composição; e o **Decreto Especial nº 806, de 21/12/2012**, que dispõe sobre as Normas do Cerimonial do Governador do Estado de Minas Gerais, e inclui o Defensor Público-Geral pareado com os presidentes da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça e do Procurador-Geral de Justiça do Estado nos dispositivos das cerimônias oficiais, consubstanciando seu status jurídico.

3 HISTÓRICO DO INGRESSO NA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decreto 21.453/1981: Os primeiros provimentos efetivos em cargos das classes de Defensor Público ocorreram nos termos do art. 22 deste decreto, a exemplo do disposto nos artigos 52, 53 e 54 da Lei Estadual nº 7.900/80, conferido aos primeiros provimentos efetivos em cargos das classes de Procurador do Estado, e decorreram de enquadramento, por opção, dos ocupantes dos cargos de Advogados do Quadro Permanente, lotados na Secretaria de Estado do Interior e Justiça até 31 de outubro de 1980 (incisos I e II); do provimento em cargo de Defensor Público de 1ª Classe dos classificados na Seleção Competitiva Interna, homologada em 7 de outubro de 1980, para a Classe de Advogado (inciso III) NS-13; e do enquadramento em cargo de Defensor Público de 1ª Classe, mediante opção, dos funcionários que contavam na data deste Decreto, mais de 2 (dois) anos de efetivo exercício nas funções de Defensor Público e que as vinham exercendo (inciso IV).

O aproveitamento desses Defensores Públicos sob a égide da nova ordem jurídica, que instituiu no art. 134 da Constituição Federal a Defensoria Pública como instituição indispensável à função jurisdicional do Estado, se deu nos termos da Lei Complementar Federal nº 80, de 12/01/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

De acordo com o art. 137 da LC 80/1994, *verbis*:

Aos Defensores Públicos investidos na função até a data da instalação da Assembleia Nacional Constituinte é assegurado o direito de opção pela carreira, garantida a inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições constitucionais.

E o art. 141 determina que

As leis estaduais estenderão os benefícios e vantagens decorrentes da aplicação do art. 137 desta Lei Complementar aos inativos aposentados como titulares dos cargos transformados em cargos do Quadro de Carreira de Defensor Público.

Essas providências se deram com fundamento na regra do artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal (ADCT), que assegurou aos defensores públicos investidos na função na data da instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com observância das garantias e vedações previstas no art. 134 da Constituição, a exemplo de disposições da mesma natureza conferidas aos membros do Poder Judiciário (art. 21, ADCT) e do Ministério Público (art. 29, ADCT), constituindo atos jurídicos perfeitos, aptos a gerar efeitos permanentes.

Calha ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.720-SP, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do art. 11, do ADCT da Constituição do Estado de São Paulo, e dos artigos 3º e 4º, das disposições transitórias da Lei Complementar nº 988/2006 – Lei Orgânica da Defensoria Pública paulista, que dispõe sobre a opção irretratável de procuradores do Estado pela permanência no quadro de carreira de Defensor Público, assim ementado, *verbis*:

Defensoria Pública – Procuradores do Estado – Opção. É constitucional lei complementar que viabiliza a procuradores do Estado a opção pela carreira da Defensoria Pública quando o cargo inicial para o qual foi realizado o concurso englobava a assistência jurídica e judiciária aos menos afortunados.
(ADI 3.720, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 31-10-2007, Plenário, DJe de 28-3-2008.)

Colhe-se do acórdão o entendimento de que

a Constituição de 1988, ao prever a Defensoria Pública, apanhou situações existentes, reveladora da assistência jurídica e judiciária aos menos afortunados pelos mais diversos segmentos. Visou-se, então, sem impacto maior, sem prejuízo dos serviços prestados, o aproveitamento de tantos quantos vinham atuando em tal campo.

I Concurso Público: Edital nº 08/1992 (DOMG de 19/03/1992), concurso público de provas e títulos, para o provimento de 250 cargos vagos da classe inicial da carreira de Defensor Público, baixado pela Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração, aprovado, respectivamente, pelos então secretários de Estado de Recursos Humanos e Administração, Bonifácio José Tamm de Andrada, e da Justiça, Mario Assad, e executado pelo Instituto Estadual de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IEDRHU, sendo Procurador-Chefe o defensor público Abrahão Bentes. Não há registro de nomeações decorrentes desse concurso.

II Concurso Público: Edital nº 009/1994 (DOMG de 27/07/1994), concurso público de provas e títulos, para o provimento de 260 vagas de cargo efetivo de Defensor Público de 1ª Classe, do Quadro Permanente da Secretaria de Estado da Justiça, nos termos dos artigos 134 e 135 da Constituição Federal; artigos 129 e 130 da Constituição do Estado de Minas Gerais; e do art. 14 e parágrafo único do Decreto nº 21.453/1981, aprovado, respectivamente, pelos então secretários de Estado de Recursos Humanos e Administração, Antônio Augusto Junho Anastasia, e da Justiça, Jairo Monteiro da Cunha Magalhães, e executado pelo Instituto Estadual de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IEDRHU, sendo Procurador-Chefe o defensor público Abrahão Bentes.



A homologação do II Concurso Público ocorreu por meio de ato do secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração, Cláudio Roberto Mourão da Silveira, publicado no DOMG de 17/05/1995. As nomeações ocorreram por atos do governador do Estado Eduardo Azeredo, por delegação de competência à Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração, nos termos do art. 14, inciso I, da Lei 869/1952, e Decreto nº 21.453/1981.

III Concurso Público: Edital nº 01/97 (DOMG de 1º/07/1997), concurso público de provas e títulos, para o provimento de 300 vagas de cargo efetivo de Defensor Público de 1ª Classe, do Quadro de Pessoal da Secretaria de Estado da Justiça, nos termos dos artigos 134 e 135 da Constituição Federal; artigos 129 e 130 da Constituição do Estado de Minas Gerais; e do art. 14 e parágrafo único do Decreto nº 21.453/1981, aprovado, respectivamente, pelos então secretários de Estado de Recursos Humanos e Administração, Cláudio Roberto Mourão da Silveira, e da Justiça, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques, e executado pela Fundação Mariano Resende Costa – FUMARC, sendo Procurador-Chefe Bruno Lombardi.

A homologação do III Concurso Público foi publicada no DOMG de 07/01/1998 e as nomeações ocorreram por atos do governador do Estado Eduardo Azeredo e pela Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração, nos termos do art. 113, da Lei Complementar Federal nº 80/1994, c/c art. 14, inciso I, da Lei 869/1952, e Decreto nº 21.453/1981.

IV Concurso Público: Edital nº 01/2004 (DOMG de 03/07/2004), concurso público de provas e títulos, para o provimento inicial de 50 vagas de Defensor Público Substituto, aberto pela Defensora Pública-Geral Marlene Oliveira Nery, com fundamento no art. 9º, inciso XI, da Lei Complementar nº 65/2003, e executado pela Fundação Universitária de Desenvolvimento e Pesquisa – FUNDEP, foi o primeiro sob a égide da Lei Complementar nº 65/2003.

A homologação do IV Concurso Público ocorreu por meio de ato do Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração, Antônio Augusto Junho Anastasia, publicado no DOMG de 19/03/2005. Foram nomeados 160 candidatos, por ato do governador do Estado Aécio Neves, por delegação de competência ao secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração Antônio Anastasia, dos quais 143 tomaram posse, em 19/05/2005, Dia Nacional da Defensoria Pública, cujas matrículas (MADEP) foram objeto da Resolução nº 055/2005, de 20/05/2005.

O IV Concurso Público foi convocado sete anos depois do III Concurso Público, o que exigiu muito esforço de convencimento do Poder Executivo, incluindo recomendação aprovada pelo Conselho de Defesa Social, por iniciativa de Glauco David de Oliveira Sousa, representando a Defensora-Geral Marlene Oliveira Nery na vaga da Defensoria Pública (art. 134, V, da CEMG/89), conforme as atas da 2ª e da 3ª reunião. Como nota de destaque, o edital não exigiu inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, como requisito para posse.

A propósito dessa questão, a matéria é objeto da ADI 4.636, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e distribuída em 01/08/2011, que impugnou, entre outros dispositivos, o § 6º do art. 4º, da LC 80/1994, incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009, segundo o qual *“A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público”*. Na espécie, o relator Ministro Gilmar Mendes negou o pedido liminar, adotando o rito do art. 12, da Lei 9.868/99, já havendo parecer do Advogado-Geral da União¹⁵ pela improcedência da ação e, neste aspecto, também do Procurador-Geral da República¹⁶.

A propósito do referido § 6º do art. 4º, da LC 80/1994, o Conselho Superior da Defensoria Pública de Minas Gerais baixou a Deliberação nº 007/2011, de 18/03/2011, que dispõe sobre a desnecessidade de vinculação à Ordem dos Advogados do Brasil, deliberando que é facultativa.

V Concurso Público: Edital nº 01/2006 (DOMG de 1º/02/2006), concurso público de provas e títulos, para o provimento de 137 vagas de Defensor Público Substituto, aberto pela Defensoria Pública-Geral do Estado de Minas Gerais Marlene Oliveira Nery, com fundamento no art. 9º, inciso XI, da Lei Complementar nº 65/2003, e executado pela Fundação Universitária de Desenvolvimento e Pesquisa – FUNDEP, tendo sido aprovados 124 candidatos.

¹⁵ [...] Assim, verifica-se que a Lei Complementar nº 132/09, ao conferir nova redação ao artigo 4º, §6º, da Lei Complementar nº 80/94, dispondo que a capacidade postulatória dos defensores públicos decorre da nomeação e posse, revogou tacitamente parte do artigo 3º da Lei nº 8.906/94 que incluía dentre os destinatários desse último diploma legal os membros da Defensoria Pública. A situação, portanto, é de sucessão temporal entre atos normativos estatais de mesma hierarquia e não de inconstitucionalidade.

Registre-se, por fim, que a Constituição Federal prevê, a partir do artigo 127, a existência de determinadas instituições que reputou essenciais à justiça, cada qual com suas funções, conferindo-lhes autonomia para se organizarem por meio de atos normativos infraconstitucionais específicos.

A esse respeito, pode-se citar: a Lei nº 8.625/93, que institui a *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências*; a Lei Complementar nº 75/93, que *“dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União”*; a Lei Complementar nº 73/93, que *“institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências”*; a Lei nº 8.906/94, que *“dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”*; e a Lei Complementar nº 80/94, ora impugnada, que *“organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências”*.

Dessa forma, não se vislumbra a alegada incompatibilidade do artigo 4º, §6º, da Lei Complementar nº 80/94 com os artigos 5º, inciso XIII, e 133 da Constituição Federal.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela improcedência do pedido formulado pelo requerente, devendo ser declarada a constitucionalidade do artigo 4º, inciso V, expressão *“e jurídicas”*, e § 6º, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, na redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009.”

¹⁶ [...] 20. Se a estrutura em carreira da Defensoria Pública *‘opera como garantia de independência técnica da instituição’*, não faz sentido algum vincular seus membros ao poder disciplinar da OAB.

21. Também em dois julgados mais recentes, essa Corte proclamou a autonomia da Defensoria Pública, em face do Executivo e em face da própria OAB. No primeiro caso, teve por inconstitucional lei que a subordinava ao Governador de Minas Gerais, mediante integração a Secretaria de Estado [ADI 3.965/MG]; no segundo, teve por inconstitucional norma que tornava obrigatória a celebração de convênio exclusivo entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a seccional local da OAB [ADI 4.163/SP].

22. Portanto, em conclusão quanto a esse ponto, não há disposição constitucional que autorize entendimento de que os Defensores Públicos devam estar inscritos na OAB para atuarem como tal. Muito pelo contrário, o tratamento dispensado a essa instituição livra-a de ingerências externas, especialmente no que diz respeito ao exercício das funções que lhe são típicas.”



Diferentemente dos anteriores, a homologação do V Concurso ocorreu por meio de ato do Defensor Público-Geral Leopoldo Portela Júnior, publicado no DOMG de 21/08/2007. As nomeações ocorreram por atos do governador do Estado Aécio Neves, por delegação de competência à secretária de Estado de Recursos Humanos Renata Maria Paes de Vilhena.

VI Concurso Público: Edital nº 01/2008 (replicado no DOMG de 06/03/2009), concurso público de provas e títulos, para o provimento de 150 vagas de Defensor Público Substituto, negociado na administração anterior, foi aberto pelo Defensor Público-Geral do Estado de Minas Gerais Belmar Azze Ramos, com fundamento no art. 9º, inciso XI, da Lei Complementar nº 65/2003, e executado pela Fundação Mariano Resende Costa – FUMARC. A homologação ocorreu por meio da Resolução nº 014/2011, da Defensora Pública-Geral Andréa Abritta Garzon, publicado no DOMG de 16/02/2011, sendo que 210 candidatos foram aprovados.

Como nota de destaque, as nomeações ocorreram pela primeira vez por atos do Defensor-Geral, à época Andréa Abritta Garzon, por força da autonomia administrativa da Defensoria Pública, com fundamento no artigo 97-A, incisos I e III, da Lei Complementar Federal nº 80, de 1994, incluído pela Lei Complementar Federal nº 132, de 07 de outubro de 2009. Também como nota de destaque, pela primeira vez as provas orais foram gravadas, permitindo que o edital do concurso previsse recurso nessa fase.

VII Concurso Público: Foi editada a Deliberação nº 025/2013 (DOMG de 18/10/2013), do Conselho Superior da Defensoria Pública, dispondo sobre o regulamento do concurso público para ingresso na carreira defensor público. O Edital 01/2014 (DOMG de 31/05/2014), baixado pela Defensora-Geral Andréa Abritta Garzon, dispôs sobre o concurso público de provas e títulos, para o preenchimento de 100 (cem) cargos de Defensor Público de Classe Inicial, executado com o auxílio operacional da Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa – FUNDEP. O Edital de Retificação nº 01/2014, de 09/06/2014, foi baixado para adequar o Edital nº 01/2014 ao disposto na Emenda Constitucional nº 80/2014, publicada no Diário Oficial da União de 05/06/2014, passando a exigir, como requisito para o ingresso na carreira da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, bacharelado em Direito há no mínimo três anos, além de três anos de atividade jurídica completados até o término do prazo da inscrição definitiva. A Resolução 071/2015 (DOMG de 29/05/2015), da Defensora-Geral Christiane Neves Procópio Malard, dispõe sobre a homologação da classificação final de 136 candidatos aprovados, tendo sido nomeados 89 (Resolução 113/2015, de 24/08/2015).

Como nota de destaque, registra-se que pela primeira vez a Banca Examinadora foi constituída somente por defensores públicos, afora o representante da Ordem do Brasil, Seção de Minas Gerais.



4 CONCLUSÃO

Para Hannah Arendt, o primeiro direito, do qual derivam todos os demais, é o direito de ter direitos, os quais só podem ser exigidos através do total acesso à ordem jurídica.

Não obstante os inegáveis avanços sociais e a inserção de milhões de cidadãos à ordem jurídica ocorridos nos últimos anos, o Brasil ainda é o país das desigualdades.

Pedro Lenza¹⁷ preconiza que

[...] a garantia da assistência jurídica integral e gratuita foi um importante passo na busca da efetividade do processo, por intermédio da eliminação dos conflitos e distribuição de justiça, sendo colocada por Cintra, Grinover e Dinamarco como uma das conquistas para se assegurar o acesso à ordem jurídica justa.

Sendo a assistência jurídica integral um direito instrumental para o acesso aos demais direitos, tem o mesmo caráter de essencialidade. O direito de acesso a bens e valores indispensáveis a uma vida digna, portanto, inscreve a Defensoria Pública como instrumento para consecução dos objetivos fundamentais da República, de construção de uma sociedade mais justa, como fator de erradicação da marginalização e da redução das desigualdades sociais, diretrizes insculpidas no art. 134 sob a moldura da Emenda Constitucional 80.

Pode-se, portanto, afirmar que valorizar a Defensoria Pública é valorizar o povo brasileiro.

As soluções alternativas aventadas para possibilitar o acesso à Justiça devem ser descartadas, porque são insuficientes e significam a demissão do Estado de um setor onde sua atuação é imprescindível para atender demandas prementes das populações excluídas, visando estabelecer uma ordem justa nas relações entre os membros da sociedade.

O modelo constitucional brasileiro de Defensoria Pública é paradigma internacional, e tem servido de referência na consolidação da instituição na América Latina. Coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais, confirma o movimento surgido na década de 1960 de ampliação de garantia de acesso integral à Justiça.

A implantação desse modelo, contudo, é lenta e penosa. À unidade retórica de reconhecimento da sua importância para o aperfeiçoamento do sistema de Justiça não se associam iniciativas ágeas, coerentes e suficientes para que possa superar o estágio de organização, passando à etapa da consolidação.

O fortalecimento da Defensoria Pública como instrumento de transformação social enfrenta histórica omissão do Estado, limitando sua vocação constitucional, situação dissecada na ADI 2903, sendo relator o Min. Celso de Mello, assim ementada, *verbis*:

DEFENSORIA PÚBLICA – RELEVÂNCIA – INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO – O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA.

– A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado.

¹⁷ LENZA, Pedro. *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. Editora Método, 2005, p. 496.



- De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art.134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES – DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA – CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º, LXXIV) – A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E POLÍTICO-SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA.

Em seu voto, proferido em 19/09/2008, mas ainda atual, o Min. Celso de Mello assentou:

O exame deste litígio constitucional impõe que se façam algumas considerações prévias em torno da significativa importância de que se reveste, em nosso sistema normativo, e nos planos jurídico, político e social, a Defensoria Pública, elevada à dignidade constitucional de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e reconhecida como instrumento vital à orientação jurídica e à defesa das pessoas desassistidas e necessitadas.

É imperioso ressaltar, desde logo, Senhor Presidente, a essencialidade da Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que também são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por esse motivo que a Defensoria Pública foi qualificada pela própria Constituição da República como instituição essencial ao desempenho da atividade jurisdicional do Estado.

Não se pode perder de perspectiva que a frustração do acesso ao aparelho judiciário do Estado, motivada pela injusta omissão do Poder Público – que, sem razão, deixa de adimplir o dever de conferir expressão concreta à norma constitucional que assegura, aos necessitados, o direito à orientação jurídica e à assistência judiciária –, culmina por gerar situação socialmente intolerável e juridicamente inaceitável.

Lamentavelmente, o povo brasileiro continua não tendo acesso pleno ao sistema de administração da Justiça, não obstante a experiência altamente positiva dos Juizados Especiais, cuja implantação efetivamente vem aproximando o cidadão comum do aparelho judiciário do Estado. É preciso, no entanto, dar passos mais positivos no sentido de atender à justa reivindicação da sociedade civil que exige, do Estado, nada mais senão o simples e puro cumprimento integral do dever que lhe impôs o art. 134 da Constituição da República.

Cumpra, desse modo, ao Poder Público, dotar-se de uma organização formal e material que lhe permita realizar, na expressão concreta de sua atuação, a obrigação constitucional mencionada, proporcionando, efetivamente, aos necessitados, plena orientação jurídica e integral assistência judiciária, para que os direitos e as liberdades das pessoas atingidas pelo injusto estigma da exclusão social não se convertam em proclamações inúteis, nem se transformem em expectativas vãs.

A questão da Defensoria Pública, portanto, não pode (e não deve) ser tratada de maneira inseqüente, porque, de sua adequada organização e efetiva institucionalização, depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão que as coloca, injustamente, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais.

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. É preciso reconhecer, desse modo, que assiste, a toda e qualquer pessoa – especialmente quando se tratar daquelas que nada têm e que de tudo necessitam –, uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades.

Torna-se imperioso proclamar, por isso mesmo, que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente implementados em seu benefício, o que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (CF, art. 5º, LXXIV) – a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

É que, Senhor Presidente, sem se reconhecer a realidade de que a Constituição impõe, ao Estado, o dever de atribuir aos desprivilegiados – verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível construir a igualdade, nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I) (DJ 19.9.2008. Destaques nossos).

Não bastasse a omissão do Poder Público em dar concretude ao ordenamento jurídico da Instituição, ainda há a resistência aos avanços normativos, a exemplo do veto ao PLP 114/2011, e das tentativas de retrocesso, como a referida ADI 3943, contra a legitimação ativa para a ação civil pública, julgada improcedente; a ADI 0637135-09.2013.8.13.0000, ajuizada pelo Prefeito Municipal de Belo Horizonte perante o TJMG, em face da prerrogativa de requisição da Defensoria Pública de Minas Gerais, julgada improcedente; e a ADI 5296, de iniciativa do Advogado-Geral da União, impugnando o processo legislativo da Emenda Constitucional nº 74, de 2013, que estendeu a autonomia das Defensorias Públicas Estaduais às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, à qual já requereram admissão no feito, na qualidade de *amici curiae*, 16 entidades, entre partidos políticos, associações de classe, sindicatos, Defensorias Estaduais, da União e do Distrito Federal, além dos Estados do Espírito Santo, Acre, São Paulo, Amazonas e Roraima, havendo seis votos indeferindo a cautelar, dois deferindo, e ora com vistas para o ministro Dias Toffoli.

Assim, para que a Defensoria desempenhe com plenitude o relevante papel que a Constituição lhe atribui, é preciso que seja dotada de infraestrutura e de recursos materiais e humanos suficientes e necessários, demanda que se espera seja potencializada com os instrumentos depositados pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014.

Para consolidar a Defensoria Pública, portanto, é preciso superar a histórica incapacidade de organizar adequadamente as instituições de Estado, obrigação que desafia os três poderes.

O Poder Legislativo, mais sensível ao clamor social, tem dado as respostas necessárias, reformando o ordenamento jurídico em resposta às iniciativas para o fortalecimento da Defensoria Pública.



O Poder Judiciário tem papel relevante na afirmação institucional da Defensoria Pública, o que se dará de forma mais eficiente ao compreender suas dificuldades, ao colaborar para a superação de suas necessidades e ao aprofundar o conhecimento dos seus institutos jurídicos, para observá-los e fazê-los cumprir.

O Poder Executivo, não obstante os avanços que patrocina, age ambigualmente, se opondo às medidas para conferir autonomia financeira à Defensoria Pública e resistindo às necessidades orçamentárias de uma instituição em formação, cujo tratamento é desigual ao conferido às demais instituições que compõem o sistema de Justiça e estão consolidadas.

Retornando ao tema da igualdade e fazendo paralelo da Defensoria Pública com os destinatários dos seus serviços, na clássica definição formulada por Rui Barbosa, em sua *Oração aos moços*,

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real (BARBOSA, 1920).

Sob essas premissas, a defesa da máxima efetividade do ordenamento jurídico da Defensoria Pública é essencial para a concretização de um modelo de Instituição apta e suficiente para o exercício de suas elevadas funções, tornando-a acessível a todos que dela necessitam e a qualquer hora.

Belo Horizonte, outubro de 2015.



Parte Primeira: LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.2

Atuação funcional coordenada e cooperação entre as Defensorias Públicas

HOLDEN MACEDO DA SILVA¹⁸

O presente trabalho procurará estabelecer os marcos teóricos e as diretrizes práticas que estimulem a atuação funcional coordenada e a cooperação entre os diversos ramos da Defensoria Pública.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos dez anos, a Defensoria Pública brasileira passou inegavelmente por uma série de mudanças legislativas que alteraram substancialmente e fortaleceram sobremaneira seu perfil institucional, suas garantias e sua autonomia.

De uma maneira resumida, pelo menos três leis ordinárias, uma lei complementar e cinco emendas constitucionais foram sancionadas ou promulgadas no período:

- 1) Lei nº 11.448/2007 (conferiu legitimidade à Defensoria Pública para o ajuizamento de ações civis públicas);
- 2) Lei nº 11.449/2007 (determinou a comunicação das prisões em flagrante à Defensoria Pública);
- 3) Lei Complementar nº 132/2009 (reformou a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública);
- 4) Lei nº 12.313/2010 (instituiu a Defensoria Pública, formalmente, como órgão da execução penal);
- 5) Emenda Constitucional nº 41/2003 (colocou os Defensores Públicos Estaduais no subteto dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados);
- 6) Emenda Constitucional nº 45/2004 (conferiu autonomia orçamentária e financeira às Defensorias Públicas Estaduais);
- 7) Emenda Constitucional nº 69/2012 (transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal);
- 8) Emenda Constitucional nº 74/2013 (estendeu à Defensoria Pública da União a autonomia orçamentária e financeira conferida às Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal);
- 9) Emenda Constitucional nº 80/2014 (fortaleceu a autonomia institucional da Defensoria Pública).

¹⁸ Corregedor-Geral Federal da Defensoria Pública da União; Presidente do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais das Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União; Defensor Público Federal de Categoria Especial com atuação perante o Superior Tribunal de Justiça; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.



Em especial, cumpre destacar a Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014 que, acrescentando um novel parágrafo quarto ao artigo 134, passou a elencar, já no texto constitucional, os princípios institucionais da Defensoria Pública: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Já decorriam do artigo 3º da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública tais princípios institucionais – ou seja, desde a data de 12 de janeiro de 1994 – de forma que o acréscimo, em si, não foi nenhuma novidade.

O avanço – ou a novidade, foi erigir ao status de norma constitucional, e, por conseguinte, ao ápice do ordenamento jurídico, tais princípios.

2 OS PRINCÍPIOS DA UNIDADE E DA INDIVISIBILIDADE

Sobre o significado da unidade e da indivisibilidade enquanto princípios institucionais, esclarece a doutrina processualista mais abalizada:

...ser una e indivisível a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração significativa nos processos em que oficiam...(CINTRA, Antônio Carlos Araújo de; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 212)

Noutras palavras, quem está na relação jurídico-processual é a Defensoria Pública, não a pessoa física do Defensor Público.

Já tivemos a oportunidade de expor alhures (SILVA, Holden Macedo da. **Princípios institucionais da Defensoria Pública: breves comentários ao regime constitucional**. Brasília: Fortium, 2007) que, ao que nos parece, só há uma Defensoria Pública, divida em diversos ramos ou braços.

Isso porque, não se pode esquecer, a organização da Defensoria Pública é primada, da mesma forma que a do Poder Judiciário e a do Ministério Público, pela cláusula da unicidade, porém, em homenagem ao sistema federativo, apresenta-se de forma dual.

Observe-se que o Poder Político, embora uno, espalha-se em funções distintas, sendo exercido por órgãos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, cada um executando as atribuições que lhes são cometidas.

O Judiciário, a quem compete, enquanto função típica, o exercício da atividade jurisdicional, em obséquio à forma federativa, organiza-se em Justiça da União (Federal, Trabalhista, Eleitoral e Militar) e Estadual. Como a Defensoria Pública e o Ministério Público atuam junto ao Judiciário, por imposição do sistema federativo, também são organizados em duas partes: Defensoria Pública da União e Ministério Público da União, de um lado, e Defensoria Pública Estadual e Ministério Público Estadual, de outro. Os primeiros para atuar nas causas da competência da Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar da União e Justiça Eleitoral, enquanto os segundos para figurar nos processos em que a apreciação seja afeta à Justiça Estadual ou a do Distrito Federal.

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

Ora, a Defensoria Pública tem como princípio institucional a unidade não apenas sob o enfoque de permitir que seus membros substituam-se uns aos outros, sem qualquer prejuízo para a atuação institucional ou para a validade do processo. Também devemos enxergar a unidade e a indivisibilidade da Defensoria Pública no tocante à necessidade de conferir-lhe atuação coordenada e cooperação entre os seus diversos órgãos de atuação e execução.

Caio Paiva, inclusive, com muita propriedade, assevera que a unidade tem um caráter tríplice (unidade hierárquico-administrativa, unidade funcional e unidade normativa), destacando, sob o prisma funcional, que indicaria:

[...] que as Defensorias Públicas devem se empenhar para que os objetivos institucionais (art. 30-A da LC 80/94), comuns a todas elas, façam parte de uma atuação nacional conjunta e programada, o que contribui para o fortalecimento do acesso à justiça no Brasil e também para a afirmação de uma 'pauta defensorial' (PAIVA, Caio. **Para compreender o princípio da unidade da Defensoria Pública**. Disponível em: <<http://goo.gl/D6xS8I>>. Acesso em: 14 jul. 2015)

Este é, no meu sentir, o sustentáculo de todo o sistema de acesso à justiça por intermédio da Defensoria Pública.

Sem a aplicação da unidade sob o aspecto funcional, a Defensoria Pública passaria a ser um grande escritório de advogados dativos, sem qualquer coordenação e cooperação institucional ou atuação conjunta.

Senão vejamos.

Muito embora a comparação entre os diversos modelos ou sistemas de assistência jurídica aos necessitados seja trabalho um tanto quanto espinhoso – dado à natureza extremamente fragmentária, diversificada ou heterogênea destes – os pioneiros estudos dos Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth (**Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988) e a alentada tese de doutorado do Professor Cleber Francisco Alves (**Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006), propiciaram que a doutrina apontasse, em linhas gerais e com segurança, a existência de quatro principais modelos ou sistemas:

- 1) Pro bono, assistencial ou caritativo: advogados autônomos atuam sem receber qualquer contraprestação pecuniária dos cofres públicos (crítica: é baseado na boa-vontade, na voluntariedade, no assistencialismo e na caridade dos profissionais liberais);
- 2) Judicare: o Estado paga os honorários dos advogados envolvidos no sistema, que são escolhidos pelos próprios necessitados ou por um órgão público mediante listas



(crítica: não há especialização e visão do todo; a remuneração dos advogados tende a ser baixa, pois as tabelas normalmente são fixadas pelo Estado; não há efetivo acesso aos Tribunais Superiores, à opinião consultiva e às instâncias extrajudiciais e administrativas, ou seja, a assistência não é integral; o controle da qualidade do serviço prestado é inexistente ou dificultosa, sem parâmetros; os gastos públicos tendem a ser maiores);

- 3) Salaried Staff: advogados são pagos pelo Governo (diretamente por contratação, ou através de repasses orçamentários a organizações não-governamentais), trabalham em regime de dedicação exclusiva e são encarregados de promover os interesses dos necessitados enquanto classe (direitos coletivos), em suas próprias comunidades, ajuizando ações ou conscientizando-os de seus direitos e interesses;
- 4) Misto ou Híbrido: adotam diversas modalidades de combinações possíveis entre os modelos básicos acima mencionados.

O Professor Earl Johnson Junior, do Centro de Direito da Universidade da Califórnia do Sul, assim discorreu, analisando a realidade estadunidense, sobre as inconveniências do patrocínio prestado por bacharéis estranhos aos quadros públicos:

[...]O tempo gasto em casos criminais era tomado aos serviços pagos. Desta maneira, os advogados não podiam dar-se ao luxo de gastar o tempo e as energias necessárias à boa defesa de um acusado sem recursos. [...] Além disso, muitas cidades grandes chegaram à conclusão de que mesmo advogados particulares remunerados não são o método mais eficiente de assegurar a cada réu advogado adequado. Estas cidades passaram a empregar advogados de tempo integral, chamados de advogados públicos de defesa. Estes advogados recebem um salário do governo para fazer a defesa dos acusados, da mesma maneira que os promotores públicos são contratados para argumentar pelo governo. (JOHNSON JUNIOR, Earl. **Ajuda Jurídica e reforma social**. Rio de Janeiro: Publicações Diálogo, 1988, pp. 28-30)

Os Professores Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva também se manifestam claramente sobre a opção pelo sistema público:

[...] A experiência alienígena, bem como a nossa, informam de maneira insofismável, que o patrocínio da causa dos deserdados é insuficiente, quando prestado por profissional dativo. Tal ineficiência é plenamente justificada.

Em verdade, o patrono nomeado, quando o Estado não mantém serviço público de Assistência Judiciária, é recrutado, notadamente entre os novos e, portanto, faltos de experiência. Ademais, somada a esta circunstância, na hipótese de advogado experiente, a eficiência do serviço prestado esbarra na natural necessidade de subsistência do profissional. Em verdade, por conta de sua própria experiência no desempenho do seu múnus privado, o advogado tem, obrigatoriamente, de dar atenção a um sem número de causas, o que demanda tempo. É razoável, portanto, e perfeitamente compreensível, que não possa atender a chamamentos que não lhe venham somar à subsistência. (MORAES, Humberto Peña de e SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado**. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1984, p. 145)

Finalmente, o já citado Professor Cleber Francisco Alves, nas conclusões à sua tese de doutoramento, comparando os sistemas norte-americano, francês e o brasileiro, assim apontou:

[...] a) o ponto forte do sistema brasileiro encontra-se no fato de que ele está assentado sobre sólida base normativa, de respaldo constitucional, o que é reconhecidamente uma característica de vanguarda em comparação com a realidade de outros países; [...]

b) o sistema brasileiro, baseado na instituição Defensoria Pública favorece, ao menos em tese, a implementação e uma política mais unificada de acesso à Justiça, visto que não apresenta as dicotomias presentes no sistema norte-americano (vertente cível e vertente criminal bem delimitadas, cujos subsistemas ‘dialogam’ muito pouco entre si) e do sistema francês (vertente da assistência jurisdicional, dominada pelas estruturas das profissões jurídicas, notadamente a ordem dos advogados, e vertente da assistência extrajudicial, cuja estruturação está a cargo dos Conselhos Departamentais de Acesso ao Direito, organismos de natureza híbrida, cuja eficácia ainda não é reconhecida)...” (ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, pp. 350-351)

No Brasil, o debate acerca de qual desses modelos de assistência jurídica deveríamos adotar já está superado há mais de 25 (vinte e cinco) anos, desde a promulgação da atual Carta-cidadã de 1988.

Optou-se pelo sistema público, oficial ou do “salaried staff”. Optou-se por incumbir à Defensoria Pública, instituição estatal, a prestação deste relevante serviço.

Muito embora todos os quatro modelos ou sistemas tenham, inegavelmente, suas falhas, certamente o escolhido pela nação brasileira deles é o mais vanguardista e apropriado à nossa realidade geográfica, histórica, sócio-cultural e a uma sociedade extremamente desigual e excludente como a nossa.

Veja-se que é inegável a vantagem do sistema “salaried-staff” em um país como o Brasil, um país-continente; e a unicidade e a indivisibilidade da Defensoria Pública vem a maximizar e a potencializar ainda mais a atuação institucional neste vasto território geográfico.

Permite-se, por exemplo, que um cidadão residente na Comarca de Bagé/RS, ao ingressar com ação em que discute a concessão de um benefício previdenciário negado pelo INSS, possa, em caso de sucessivas derrotas na sentença de primeiro grau (Vara Federal da Subseção Judiciária de Bagé), no acórdão regional (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) e no acórdão superior (Superior Tribunal de Justiça), buscar a tutela jurisdicional perante a mais elevada instância de Justiça do país (Supremo Tribunal Federal).

Neste caso hipotético – longe de ser irreal ou pouco comum – o sistema de acesso à justiça integral e gratuito, por intermédio da Defensoria Pública, lhe conferirá direito de ser coadjuvado por um Defensor Público Federal de Segunda Categoria na Vara Federal da Subseção Judiciária de Bagé (art. 20 da Lei Complementar nº 80/1994), por um Defensor Público Federal de Primeira Categoria no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (art. 21 da Lei Complementar nº 80/1994), por um Defensor Público Federal de Categoria Especial no Superior Tribunal de Justiça (art. 22 da Lei Complementar nº 80/1994)



e pelo Defensor Público-Geral Federal no Supremo Tribunal Federal (art. 23 da Lei Complementar nº 80/1994), tudo isto sem que sua defesa tenha qualquer solução de continuidade (graças aos princípios da unidade e da indivisibilidade, e da estruturação material e de pessoal cada vez maior da Defensoria Pública da União).

Ocorre que a atuação defensorial nestes casos há de ser eficaz e de qualidade, o que somente se perfazerá caso haja coordenação e cooperação entre os diversos ramos e membros da carreira.

E aqui importa analisarmos o último dos princípios institucionais trazidos pela Emenda Constitucional nº 80/2014: a independência funcional.

3 O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL: UMA RELEITURA

A doutrina dos Princípios Institucionais da Defensoria Pública ensina que a independência funcional:

[...] consiste em dotar a Defensoria Pública de ‘autonomia perante os demais órgãos estatais’ e impede que seus membros sejam subordinados à hierarquia funcional, ficando os mesmos subordinados apenas à hierarquia administrativa. (ZUMIOTI, Caio Cezar Buin. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Principios_institucionais_da_dp1.pdf>. Acesso em: 13/07/2015)

Contudo, tal prerrogativa dos Defensores Públicos costuma ser, na prática, colocada como claro óbice à atuação coordenada e à cooperação entre os diversos ramos e/ou os diversos órgão de execução e atuação da Defensoria Pública.

Manifestando-se no plano da atuação típica da atividade finalística dos membros da Defensoria Pública, o princípio da independência funcional expressa a repulsa à hierarquia. Isso porque afasta a possibilidade de subordinação de cada membro, quando no exercício de suas atividades finalísticas, em relação a outros membros ou órgãos da mesma carreira, inclusive do próprio Chefe da Instituição. Isso não significa dizer, entretanto, em nossa opinião, que se possa conferir ao princípio da independência funcional um alcance absoluto, de molde a pretender que a sua incidência afaste a convivência harmônica com os demais princípios aos quais deve ater-se o Defensor Público no exercício de suas atividades finalísticas.

Vale dizer, o recurso à independência funcional não pode desprezar a necessidade de se conceber que, nada obstante a sua intrínseca abertura de conteúdo, o interesse do assistido e da instituição possa ser aferido de maneira descontextualizada dos outros dois princípios institucionais (unidade e indivisibilidade) e de outros princípios da administração, que também tem observância obrigatória quando se trata de um serviço público essencial de acesso à justiça (como a eficiência, a razoabilidade, etc).

Além, a essência do referido princípio, sua razão maior de ser, é a de atender aos interesses dos assistidos, de proteger o Defensor contra qualquer tipo de interferência – externa ou interna – e permitir-lhe, para tanto, lançar mão de todos os meios que estejam

ao seu alcance, sejam eles judiciais ou extrajudiciais. Por outro lado, o princípio em tela não deve se prestar a escudar o membro da carreira em sua “não-atuação” institucional, mesmo que contrária os interesse do assistido, que deseja um atuar. Afinal de contas, a Defensoria Pública foi concebida para agir, para atuar, para prestar assistência jurídica, sendo a “não-atuação” a exceção, e não a regra.

A independência funcional também não pode escudar o membro da carreira de atuar coordenadamente e cooperativamente com dos demais ramos, órgão de atuação e órgão de execução.

Nesse ponto, e ao contrário de alguns doutrinadores – que veem a existência de uma certa tensão entre o princípio da independência funcional e os outros dois princípios reitores da atuação da Defensoria (unidade e indivisibilidade) – proponho uma releitura da referida independência à luz das cláusulas da unidade e da indivisibilidade, bem assim na esteira dos princípios – de igual magnitude constitucional – da eficiência e da razoabilidade.

4 A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA EM COOPERAÇÃO E COORDENAÇÃO

É certo que a defesa de teses jurídicas relevantes, em favor de clientes, já vem sendo praticada com sucesso por diversas instituições jurídicas públicas (ver, por exemplo, a atuação da Advocacia Geral da União no caso da importação de pneus usados: <http://goo.gl/u12h7b>), por defensores de direitos humanos (ver, por exemplo, o caso de litígios estratégicos na defesa de direitos indígenas no âmbito do sistema interamericano: <http://goo.gl/2jUZ6C>) e por grandes escritórios de advocacia.

É certo também que os Tribunais Superiores, cada vez mais, se depuram para constituir-se em “tribunais de teses”, solucionando divergências jurídicas e firmando a jurisprudência a ser replicada pelas instâncias inferiores, sem analisar fatos e provas.

Esta realidade, inclusive, ganhou corpo com a edição do novo Código de Processo Civil e com as sucessivas ondas renovatórias da lei processual. Exemplo maior desta depuração foi a criação da sistemática de julgamento de recursos repetitivos, da repercussão geral etc.

Não pode a Defensoria Pública, portanto, se furtar de lançar mão de todos os artifícios da boa práxis jurídica a fim de lutar pelas teses que beneficiem os direitos e interesses de seus assistidos, maximizando sua atuação até mesmo para aqueles que sequer procuraram seus serviços, mas que serão beneficiados com a fixação da tese favorável.

Há que se ter atuação estratégica, de coordenação e cooperação entre seus membros e ramos, e isto pressupõe preparar a demanda desde o seu nascedouro, as teses jurídicas constitucionais ou infraconstitucionais, atender ao requisito do prequestionamento, sustentar oralmente e convencer os magistrados, elaborar e despachar memoriais etc.

Do contrário, apesar de integral e gratuita, a assistência prestada não seria de qualidade e, pior, poderia ser ineficaz pelo não-acolhimento da pretensão inicial.



O carácter fragmentário que hoje permeia a atuação de escritórios-modelo de faculdades de direito, de advogados pró-bono e de advogados dativos, não pode ser reproduzida na Defensoria Pública, ainda que sob o manto da independência funcional.

5 CONSELHOS PRÁTICOS PARA UMA ATUAÇÃO FUNCIONAL COORDENADA E PARA A COOPERAÇÃO ENTRE DEFENSORIAS PÚBLICAS

Fixadas as premissas teóricas sobre a existência de um dever institucional efetivo de coordenação e de cooperação entre os diversos ramos e membros da carreira, podemos apontar que duas são as formas de enxergá-lo.

A ótica interna, segundo a qual os órgãos de execução e de atuação devem, dentro do mesmo ramo da Defensoria Pública, relacionar-se cordial e harmonicamente, facilitando o trabalho uns dos outros, seja com a organização material e técnica dos procedimentos de assistência jurídica e demais documentos necessários ao acompanhamento dos casos, seja informando aos membros das categorias mais elevadas da carreira, para onde seguem os recursos ou os processos em grau de revisão ou impugnação, as causas com teses jurídicas novas ou relevantes, de forma a que sejam estrategicamente acompanhadas e defendidas (confeção e despacho de memoriais, sustentações orais, etc.).

De sua parte, os membros das categorias mais elevadas da carreira devem fornecer aos colegas que atuam no primeiro grau de jurisdição informações atualizadas sobre o resultado dos recursos interpostos e suas impressões sobre a melhor forma de convencimento dos magistrados dos Tribunais de Superposição.

Na Defensoria Pública da União, por exemplo, o colega Gustavo de Almeida Ribeiro, que tem atuação na Assessoria do Defensor Público-Geral Federal junto ao Supremo Tribunal Federal, costuma expedir com regularidade boletins para a lista nacional de discussão dos Defensores Públicos Federais, informando o resultado dos recursos interpostos e suas impressões para a melhoria dos serviços, respeitando, claro, a independência funcional de cada um.

A própria Categoria Especial da DPU tem setor administrativo específico para informar às Defensorias Públicas Estaduais sem representação em Brasília/DF e aos Defensores Públicos Federais de Primeira e Segunda Categoria o resultado das causas que tenham oficiado e tenham chegado em grau recursal aos Tribunais Superiores, sobretudo ao Superior Tribunal de Justiça, de onde seguem por ofício ou memorando, a pedido dos Defensores, cópias dos acórdãos respectivos.

Já sob a ótica externa, devem os órgãos da administração superior e os membros da carreira zelar para que os recursos interpostos com alguma tese jurídica relevante, alguma urgência de apreciação ou outra peculiaridade qualquer, sejam acompanhados pelo outro ramo da Defensoria Pública de maneira mais eficaz (e aqui exemplifico, no caso concreto, com a atuação “externa” da DPU nos processos oriundos da DPE/MG).

Um bom exemplo de como isso se dá na prática é a comunicação antecipada da admissibilidade do recurso especial e/ou do recurso extraordinário, pelo colega Defensor Público da DPE/MG à Defensoria Pública da União de Categoria Especial e/ou

à Defensoria Pública-Geral da União, logo após a decisão do Desembargador Presidente, antes mesmo de o feito ser encaminhado pelo Poder Judiciário Estadual ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, o Defensor Público Federal de Categoria Especial ou o Defensor Público-Geral Federal poderá providenciar – antes mesmo de qualquer decisão monocrática ser proferida ou da inclusão do feito em pauta ou em mesa, com o voto já elaborado pelo Ministro Relator – a produção de um memorial ou de um roteiro de sustentação oral para acolhimento da tese jurídica recursal.

Este procedimento é muito mais eficaz, sob o ponto de vista prático, já que, por exemplo, as estatísticas do STJ (ver: <http://goo.gl/DtPM45>) demonstram que, após o julgamento monocrático pelo Ministro Relator, quando então o Defensor Público Federal teria ciência dos autos caso não comunicado previamente pelo colega da DPE/MG, somente 4,91% (quatro vírgula noventa e um por cento) dos agravos regimentais que foram interpostos tiveram sucesso (provimento), contra 76,88% (setenta e seis vírgula oitenta e oito por cento) de denegações.

De forma contrária, a recurso especial julgado colegiadamente pelas Turmas, 37,55% (trinta e sete vírgula cinquenta e cinco por cento) tiveram provimento, contra 44,57% (quarenta e quatro vírgula cinquenta e sete por cento) de denegações.

Noutras palavras, se municiado adequadamente pelo colega Defensor Público do Estado de Minas Gerais, em atitude cooperativa e coordenada, o Defensor Público Federal da Categoria Especial poderá influenciar desde logo na decisão que vier a ser tomada pelo Ministro Relator (monocrática ou voto), de forma que as chances de provimento do recurso aumentariam de 4,91% (quatro vírgula noventa e um por cento) para 37,55% (trinta e sete vírgula cinquenta e cinco por cento), o que é um percentual bastante significativo e elevado, de quase de 33% (trinta e três por cento) de êxito, ou, aproximadamente, 1 (um) em cada 3 (três) recursos.

Finalmente, ainda sob a ótica externa da atuação funcional coordenada e da cooperação, vale citar o exitoso programa “Defensoria Sem Fronteiras”, fruto de parceria entre CONDEGE, Defensoria Pública-Geral da União e Ministério da Justiça, que estabeleceu uma “pauta interdefensorial conjunta”, para que os objetivos institucionais do art. 3º-A de nossa Lei Orgânica Nacional, comuns a todos os ramos, possam ser atingidos.

Esta atitude de colaboração e coordenação “externa” muito vem contribuindo para o fortalecimento do acesso à justiça no Brasil, tendo se firmado em pelo menos três ocasiões de graves violações de direitos humanos provocada pelo encarceramento em massa: nos Estados de Santa Catarina, Paraná e Pernambuco.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se do presente trabalho, pois, que o sustentáculo de todo o sistema de acesso à justiça por intermédio da Defensoria Pública é a aplicação do princípio da unidade sob o aspecto funcional.



Pensar em sentido contrário levaria a caracterizar a instituição como um grande escritório de advogados dativos, com atuação desconexa, atomizada e, por isso mesmo, na prática, ineficaz sob o ponto-de-vista estratégico e da eficiência em obter resultados satisfatórios para seus assistidos.

Além do mais, deve-se fazer uma releitura do princípio da independência funcional à luz das cláusulas da unidade e da indivisibilidade, bem assim na esteira dos princípios – de igual magnitude constitucional – da eficiência e da razoabilidade.

Desta forma, entende-se existir um verdadeiro dever institucional e funcional de atuação coordenada e de cooperação para o bom exercício funcional, apontando-se como exemplos práticos desta atitude colaborativa: 1) sob a ótica interna – A) a organização material e técnica dos procedimentos de assistência jurídica e demais documentos necessários ao acompanhamento dos casos; B) a informação aos membros das categorias mais elevadas da carreira das causas com teses jurídicas novas ou relevantes, de forma a que sejam estrategicamente acompanhadas e defendidas; e C) a informação aos membros das categorias intermediária e inicial da carreira sobre o resultado dos recursos por eles interpostos e as impressões sobre a melhor forma de convencimento dos magistrados dos Tribunais de Superposição; e, finalmente, 2) sob a ótica externa – A) a comunicação antecipada da admissibilidade do recurso especial e/ou do recurso extraordinário, pelo colega Defensor Público da DPE/MG à Defensoria Pública da União de Categoria Especial e/ou à Defensoria Pública-Geral da União, logo após a decisão do Desembargador Presidente, antes mesmo de o feito ser encaminhado pelo Poder Judiciário Estadual ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal; e, B) o estabelecimento de “pautas interdefensoriais conjuntas”, para que os objetivos institucionais do art. 3º – A de nossa Lei Orgânica Nacional, comuns a todos os ramos, possam ser atingidos.

• • •



LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.3

Independência Funcional: *natureza jurídica e contornos*

FRANCISCO DE ASSIS DE C. CALCAGNO¹⁹

1 INTRODUÇÃO

A independência funcional tem duplo aspecto. Constitui princípio institucional da Defensoria Pública²⁰. Configura, por outro lado, garantia no exercício das funções do cargo de Defensor Público.

Enquanto Princípio Institucional, coloca em relevo a autonomia da Defensoria, seu autogoverno administrativo, funcional e financeiro, eliminando, sob o aspecto organizacional, qualquer hierarquia perante o Estado.

Tratar-se-á, doravante, da independência funcional enquanto prerrogativa/garantia: instrumento do exercício das funções do cargo de Defensor Público. Procurar-se-á conceber sua natureza, sua finalidade, seu limite e suas formas de controle.

2 INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL COMO PODER ADMINISTRATIVO

Ao buscar a essência dessa prerrogativa do Defensor Público, constata-se que se trata de um poder administrativo, na medida em que a independência funcional é atribuída ao cargo com escopo de se atingir, livre de ingerências externas ou internas, uma finalidade: prestar assistência jurídica gratuita ao cidadão. Nesse sentido, são as lições do professor José dos Santos Carvalho Filho:

Vimos que sem determinadas prerrogativas aos agentes administrativos não poderia o Estado alcançar os fins a que se destina. Essas prerrogativas são exatamente os poderes administrativos. Pode-se, pois, conceituar os poderes administrativos como conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins.²¹

Nesse diapasão, o poder é sempre funcional, está relacionado ao exercício das funções. É a funcionalidade do poder que estabelece seu limite. Por se tratar de poder funcional, seu limite é a sua finalidade, nas lições do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹⁹ Defensor Público de classe final. Assessor da Corregedoria-Geral.

²⁰ Art. 134 (...). § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal (CF/88).

²¹ CARVALHO, 2007, p. 42.



Onde, então, o lugar para o Poder no moderno direito público? O Poder, no direito público atual, só aparece, só tem lugar, como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal (...). Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal. Com efeito, bem o disse Eduardo García de Enterría, com a habitual proficiência, que “os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade”; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o quê apartar-se do mesmo obscurece sua fonte de legitimidade.²²

Assim, a independência funcional deve ser exercida em harmonia com os interesses legais e legítimos dos usuários dos serviços, bem como à luz das funções, objetivos e deveres da Defensoria Pública, pois se refere à atividade fim. Nesse sentido, leciona o Defensor Público Frederico Rodrigues Vianna de Lima:

A Lei Orgânica Nacional prescreve textualmente que a garantia exprime a “independência funcional no desempenho das funções”.

A restrição ao “desempenho das funções” aparenta ter sido uma amostra do excesso de zelo do legislador, uma vez que a garantia de independência funcional somente se justificaria quando o Defensor Público estivesse no exercício das funções institucionais. Não obstante, é possível extrair do texto uma interpretação mais ampla e que acomoda satisfatoriamente a ressalva.

A finalidade desta advertência final é a de deixar claro que a independência funcional somente é válida para atividade-fim do Defensor Público, isto é, para o desempenho da prestação de assistência jurídica integral e gratuita. Logo, em funções que não se traduzam como assistência jurídica – por exemplo, atividades administrativas – não há que se falar em independência funcional [grifos nossos].²³

Dessa forma, a independência funcional não diz respeito à hierarquia administrativa, ao dever de obedecer os atos normativos, à divisão de tarefas, ao dever de prestar informações aos órgãos da Administração Superior; porquanto está relacionada tão somente à atividade fim.

3 LIMITES DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Independência funcional constitui garantia do exercício das atribuições do cargo de Defensor Público, vinculada ao cumprimento do dever funcional de prestar assistência jurídica ao cidadão. Não é garantia pessoal. Não é um fim em si mesmo. Consiste em instrumento do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita. O objetivo é evitar interferências na atividade do Defensor Público para proteger a defesa do direito do assistido.

Portanto, a atividade está voltada para interesse legítimo do cidadão, e não para convicções pessoais do Defensor Público. *Verbi gratia*: ao se deparar com teses jurídicas antagônicas, o Defensor não deve escolher aquela que entende ser a melhor, mas sim a que está em consonância com os interesses legítimos do cidadão no caso concreto.

²² MELLO, 2005. p. 40 e p. 379.

²³ LIMA, 2014, p. 378/379.

Não obstante o limite (finalidade), a independência significa liberdade de atuação. Por isso, não há como qualificar esse poder como vinculado. A solução jurídica do caso apresentado ao Defensor não está expressamente prevista na lei, depende de valoração técnica do caso *sub examine* (realidade cambiante). Exige, pois, discricionariedade regrada: liberdade de escolha, sob o aspecto formal e material, à luz dos Princípios Constitucionais da Administração Pública e da Defensoria Pública²⁴.

A liberdade formal significa a escolha do melhor caminho (instrumento processual e meios de prova). A liberdade material abrange a adoção da melhor estratégia (teses jurídicas mais adequadas ao caso concreto). Porém, nunca se esquecendo da sua razão de ser: prestação de assistência jurídica em prol dos interesses legítimos do cidadão, em consonância com os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Eficiência, Unidade e Indivisibilidade.

Destarte, não há arbitrariedade no exercício da independência funcional, porque nenhum poder republicano é absoluto. Enquanto poder funcional, há discricionariedade concedida para atingir objetivos e funções previstas na lei²⁵. As funções e os objetivos da Administração (*in casu*, a Defensoria Pública) constituem os limites da discricionariedade, seus parâmetros, nas lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto (...).

Com efeito, considerada cada situação com sua fisionomia e coloração específicas, poder-se-á, algumas vezes, verificar que a satisfação de finalidade normativa reclamaria, para além de qualquer dúvida possível, unicamente o ato "A" e não o ato "B"; o deferimento de cada pretensão e não seu indeferimento, ou vice-versa. Vale dizer haverá casos em que pessoas sensatas, equilibradas, normais, serão todas concordes em que só um dado ato – e não outro – atenderia à finalidade da lei invocada; ou, então, assentirão apenas em que, de todo modo, determinado ato, com certeza objetiva, não a atenderia. Segue-se que, em hipóteses deste jaez, se a Administração agir de maneira inversa, evidentemente terá descumprido a finalidade legal.²⁶

Sobre os limites da independência funcional do Defensor Público, discorre o professor Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré:

De fato, os deveres funcionais dos Defensores Públicos devem sempre ser conjugados com as atribuições institucionais da Defensoria Pública e, sobretudo, com os interesses dos assistidos, em face do caso concreto (...).

²⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte(...). Art. 134 (...) § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal (CF/88).

²⁵ LCF 80/94, art. 3º, 3º.A, 4º; LCE 65/2003, art. 4º e 45.

²⁶ MELLO, 2005, p. 404/405.



Portanto, entendemos, no exercício da profissão de Defensor Público, fica em segundo plano o convencimento pessoal sobre a legalidade ou justeza da medida, se houver mínima viabilidade ou possibilidade jurídica da pretensão trazida pelo usuário (...).

Dá poder-se concluir que, diferentemente do advogado liberal, o Defensor Público não atua unicamente fundado em sua liberdade profissional eis que está jungido à realização das atribuições institucionais da Defensoria Pública (...).

O Defensor Público pode deixar de propor a ação ou de recorrer. No primeiro caso, deve levar a decisão ao seu superior imediato, conforme a hierarquia administrativa da Defensoria Pública. Em ambos os casos, sua atitude deve ser fundamentada em convicções de natureza técnica, quando o agir for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte, juízo esse que se sujeita à análise correicional, dentro dos parâmetros de razoabilidade e diante das peculiaridades do caso concreto, [grifos nossos].²⁷

Acompanhando o raciocínio acima transcrito, Diogo Esteves e Franklyn Roger lecionam que o Defensor Público não pode escolher quais demandas patrocinar ou quais assistidos defender, erigindo o Princípio da Indeclinabilidade das causas, *ipsis litteris*:

A dimensão da relação estabelecida entre assistido e Defensoria Pública possui características peculiares, diversas da relação contratual estabelecida entre cliente e advogado. (...) Nesse ponto, o advogado tem a liberdade de aceitar ou recusar os clientes que eventualmente venham a procura-lo, diante do caráter autônomo de sua profissão e da conseqüente possibilidade de avaliar a conveniência de defender determinada causa (...).

No âmbito da Defensoria Pública, por sua vez, a sistemática jurídica se afigura completamente diversa. Em primeiro lugar, por força da Constituição Federal e da própria Lei Complementar nº 80/1994, a atuação institucional da Defensoria Pública é pautada pelo princípio da indeclinabilidade das causas. Com isso, não possuem os Defensores Públicos a faculdade de escolher quais demandas irão patrocinar ou quais assistidos irão defender, devendo obrigatoriamente atuar sempre que restar demonstrada a hipossuficiência econômica daquele que solicita a assistência jurídica gratuita (atuação típica) ou restarem preenchidos os requisitos legais ensejadores da intervenção institucional (atuação atípica).

Do mesmo modo, analisando a questão no panorama inverso, ao assistido também não é facultada a escolha do Defensor Público que deverá patrocinar sua causa. (...) Dessa forma, o vínculo estabelecido entre o assistido e a Defensoria Pública possui características específicas que desnaturam a consensualidade e a fidúcia inerentes ao contrato de mandato. (...) na verdade, o vínculo estabelecido entre assistido e Defensoria Pública possui natureza estatutária, sendo regida por normas de direito público, já que as funções institucionais desempenhadas pelos Defensores Públicos devem obrigatoriamente observar o regime jurídico estatuído pela Lei Complementar nº 80/1994.²⁸

Enfim, a independência funcional constitui instrumento para efetivação dos deveres funcionais correlatos ao direito do cidadão à assistência jurídica gratuita, à luz dos Princípios Constitucionais da Defensoria enquanto Administração Pública. Por sua natureza jurídica de poder, num Estado de Direito, não se compreende seu exercício sem controle, nas lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

²⁷ RUGGERI RÉ, 2013, p. 146/149.

²⁸ DIOGO ESTEVES & FRANKLYN ROGER, 2014, p.293/295.

Dessarte, o Estado de Direito é exatamente um modelo de organização social que absorve para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder.²⁹

Assim, faz-se mister mencionar algumas formas legais de controle da amplitude dessa liberdade de atuação (discricionariedade da independência funcional).

Dentre elas, está o direito de o cidadão ter sua pretensão revista em caso de recusa de atuação pelo Defensor Público³⁰.

A negativa de patrocínio, por exemplo, deve ser motivadamente comunicada ao Defensor Público Geral. O Defensor Geral fará uma reanálise acerca do não cabimento da medida ou do fato de ela ser contrária aos interesses da parte, à luz da racionalidade jurídica, pautada na razoabilidade das teses existentes e da pertinência delas com o caso concreto³¹.

Há, também, o dever de interposição de recursos sempre que existirem fundamentos na lei, na jurisprudência ou na prova dos autos³².

Outro exemplo, é o exercício do dever da Corregedoria, de fiscalizar e de orientar a atividade fim do Defensor Público, por meio de inspeções, correições, processos administrativos e recomendações³³. Acerca do controle sobre os limites do exercício da independência funcional, o Conselho Nacional do Ministério Público decidiu:

RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DE DEVERES FUNCIONAIS PREVISTOS NA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. LIMITES. DISPENSA DE TESTEMUNHAS (...). 4. A independência funcional comporta limites. Se da atuação do promotor no Tribunal do Júri, ainda que no exercício de sua atividade-fim, resulta violação a deveres funcionais, é possível a análise da conduta no campo disciplinar.³⁴

Nesse aspecto, a independência funcional encontra limites não só na sua interpretação harmônica com os demais Princípios Constitucionais, mas também no cumprimento dos objetivos, das funções e dos deveres Institucionais, possibilitando a análise do seu exercício na seara disciplinar, por meio do trinômio: caso concreto (realidade cambiante) – discricionariedade regrada (aplicação da técnica jurídica) – finalidade legal (orientação, postulação e defesa de direitos).

²⁹ MELLO, 2005, p. 42.

³⁰ Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: (...) III – o direito de ter sua pretensão revista no caso de recusa de atuação pelo Defensor Público (LCF 80/94).

³¹ Art. 74. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública no exercício de suas atribuições: (...) XIV – deixar de patrocinar ação quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu procedimento (LCE 65/03).

³² Art. 79. São deveres do membro da Defensoria Pública: (...) interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou tribunal e promover a revisão criminal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos (LCE 65/03).

³³ Art. 32. A Corregedoria-Geral da Defensoria Pública é órgão de fiscalização e orientação da **atividade funcional** e da conduta dos membros e dos servidores da Defensoria Pública. Art. 83 – Pelo exercício irregular de suas funções, o Defensor Público responde civil, penal e administrativamente. Parágrafo único – Qualquer pessoa pode representar ao Corregedor-Geral sobre os abusos, os erros ou as omissões de membro da Defensoria Pública (LCE 65/03).

³⁴ CNMP, Reclamação Disciplinar n.º 0.00.000.001427/2009-71, relator Conselheiro Dr. Jeferson Luiz Pereira Coelho.



As formas de controle acima expostas são ponderações normativas entre a independência funcional e os interesses legítimos dos usuários do serviço.

Nessa abordagem, conclui-se que, ao buscar a essência da independência funcional, encontram-se inerentes à sua natureza jurídica: finalidade, limite e controle.

4 CONCLUSÕES

1. Enquanto garantia, a prerrogativa da independência funcional constitui instrumento das funções do cargo de Defensor Público, livrando seu exercício de interferências externas e internas.

2. A prerrogativa tem natureza jurídica de poder funcional, na medida em que está direcionada à atividade fim do Defensor Público.

3. Independência funcional significa liberdade de aplicação da técnica jurídica diante das nuances do caso concreto, portanto, trata-se de poder discricionário.

4. Inserido num Estado de Direito, o poder não é absoluto. Portanto, a discricionariedade é regrada, uma vez que possui limites tanto na harmonização da Prerrogativa com os Princípios Constitucionais da Defensoria enquanto Administração Pública, quanto no cumprimento dos deveres institucionais, mormente o de defender os interesses legítimos dos usuários do serviço.

5. Porque comporta limites, a independência funcional está sujeita a controle previsto na Lei Orgânica da Defensoria Pública, a ser feito pelos Órgãos da Administração Superior.

Referências

ESTEVES, Diogo & Silva, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1. ed., 2007.

LIMA, Frederico Rodrigues Vianna. **Defensoria Pública**. Bahia: JusPodivm, 3. ed., 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 18. ed., 2005.

RUGGERI RÉ, Aluísio Lunes Monti. **Manual do Defensor Público – Teoria e Prática**. Bahia: JusPodivm, 2013.



LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.4

O poder de requisição da Defensoria Pública como instrumento de garantia de acesso à informação de moradores de assentamentos irregulares ameaçados de remoção

CLEIDE APARECIDA NEPOMUCENO³⁵

1 INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública, órgão estatal incumbido constitucionalmente de prestar assistência jurídica integral e gratuita, desempenha papel relevante para a sociedade, que vai muito além da representação da parte hipossuficiente em processo judicial. A este órgão compete a promoção dos direitos humanos e a orientação jurídica, que associadas à defesa de direitos coletivos e individuais, extrajudicial ou judicialmente, são formas de viabilizar o direito fundamental de acesso à justiça.

As Defensorias Públicas, a exemplo o órgão, Defensoria Pública Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais da Defensoria Pública de Minas Gerais, ora DPDH,³⁶ têm se empenhado nas demandas coletivas, como uma das formas eficazes de proporcionar o acesso amplo à justiça. No contexto do direito à cidades, destaca-se a atuação na defesa do direito à moradia de cidadãos residentes em assentamentos irregulares consolidados, aqui compreendidos como os locais desprovidos da titulação de imóveis, mas sem conflito pela posse da terra, porém, ameaçados de remoção pelo poder público.

Tem aportado na DPDH a reclamação de diversos moradores de assentamentos irregulares de ameaça de remoção forçada pelo poder público decorrente da necessidade de desapropriação da posse para a realização de obras públicas ou da urgência de remoção por se tratar de áreas apontadas pelo ente público como local de risco geológico.

³⁵ Defensora Pública do Estado de Minas Gerais lotada na Defensoria Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais com sede em Belo Horizonte. Especialista em Direito Urbanístico pela PUC Minas. E-mail: cleide.nepomuceno@defensoria.mg.gov.br

³⁶ De acordo com a Deliberação 12/2010 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a denominação do órgão é Defensoria Pública Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais.



A DPDPH constatou que para o acesso à justiça de moradores de assentamentos informais consolidados ou em consolidação por ausência de disputa pela posse da terra, mas ameaçados de remoção compulsória, é fundamental garantir o direito à informação aos seus assistidos organizados por meio de associações de fato, comissões ou grupos de moradores. Não há justiça se não houver compreensão do procedimento e dos fatos que envolvem uma dada comunidade em conflito com o poder público.

A Defensoria Pública tem utilizado a prerrogativa de requisitar informações de órgãos públicos, prevista na Lei Complementar Federal 80/94 e na Lei Complementar Estadual 65/2003, que organiza a carreira, como instrumento de concretização do direito à informação de seus assistidos.

Esse empreendimento tem sido bem-sucedido em virtude do trabalho em parceria com movimentos populares que, entre outros aspectos, contribuem na construção de um diálogo democrático entre a Defensoria Pública e as pessoas que os movimentos representam e entre a Defensoria Pública e os órgãos públicos responsáveis na efetivação de direitos sociais, como a moradia digna, garantidos na Constituição Federal.

O acesso à informação por parte das pessoas ameaçadas de remoção compulsória garante a elas empoderamento e atuação como protagonistas das suas escolhas, além de viabilizar o diálogo e solução extrajudicial de conflitos.

2 DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E O ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça não se resume ao acesso ao Poder Judiciário, mas à ordem jurídica justa o que compreende a disponibilidade de políticas públicas e a meios que concretizem todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e a viabilidade de outras formas de resolução de conflitos de interesses.

A DPDPH trabalha na lógica desse sentido amplo de acesso à justiça e para tentar solucionar os conflitos fundiários que aportam no núcleo envolvendo a ameaça da posse decorrente de remoção forçada por desapropriação ou área de risco se vale de um procedimento administrativo prévio para tentativa solução extrajudicial total ou parcial da demanda. As remoções forçadas de moradores de assentamentos informais decorrentes de obras públicas ou áreas de risco estão inseridas no conceito de conflitos fundiários elaborado pelo Conselho das Cidades na Portaria 87:³⁷

Conflito fundiário urbano: disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade.

Como salientado, os pedidos de atuação da DPDPH em favor de moradores de assentamentos informais ameaçados de remoção por parte do poder público têm em comum a carência por informação e participação na gestão democrática das cidades que só é viabilizada por meio do primeiro.

³⁷ Disponível em http://www.cdes.org.br/pdf/resolucao_87_2009.pdf. Última visualização 30/06/2015

Os moradores, organizados em comissão ou associação de fato, orientados ou não por movimentos sociais ou grupos de extensão de universidades públicas ou privadas, procuraram a Defensoria Pública tentando entender as justificativas ou os motivos pelos quais estão sendo removidos. Os cidadãos exigem do Poder Público uma explicação, fundamentada, do motivo da remoção forçada: se é área de risco, eles querem saber e conhecer o laudo técnico de avaliação da encosta e se há obras possíveis de serem feitas para sanar o risco, e se é o caso de obras públicas eles querem entender qual é a sua imprescindibilidade e se a remoção é a única alternativa.

O direito de acesso à informação está previsto no artigo 5º, XXXIII da Carta Cidadã, conforme transcrição abaixo:

Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;" (*estilos negrito e sublinhado não constam do original*).

À Defensoria Pública, órgão estatal incumbido de garantir o acesso à Justiça, a lei atribuiu algumas prerrogativas institucionais que são meios de concretização desta missão e, como salientado, meio de efetivar direitos fundamentais inseridos no contexto amplo de acesso à justiça, sinônimo de acesso à ordem jurídica justa. Dessa forma, os defensores público, em sua atuação institucional, têm a prerrogativa de requisitar documentos e informações como garantia do direito à informação e participação democrática dos seus assistidos organizados em associações comunitárias ou não,³⁸ conforme disposto na Lei Complementar 80/94:

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

[...]

X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

A Defensoria Pública defende o direito de seus assistidos, seja individualmente seja organizados em Comissões de moradores ou por meio de associações de fato ou de direito, terem acesso a informações existentes junto a órgãos públicos estaduais e municipais a respeito dos motivos da remoção forçada. Essas informações são imprescindíveis para que eles possam participar da gestão da cidade, princípio elementar do Estatuto da Cidade.

³⁸ A prática de requerer informações sobre a realização de obras públicas, áreas de risco que motivam as remoções forçadas como instrumento de concretização do direito à informação e participação democrática foi apresentada no Concurso de Práticas Exitosas da Defensoria Pública em 2014 e concorreu ao Prêmio Innovare, na Categoria Defensoria Pública, em 2015. A prática foi elaborada por esta autora e pela defensora pública Cryzthiane Andrade Linhares.



A Administração Pública está sujeita às limitações e, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve ouvir os munícipes em respeito a princípios consagrados no Estatuto da Cidade, sobretudo o direito a participação na gestão municipal por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, conforme inciso II, art. 2º da Lei 10257/2001:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

A Defensoria Pública tem trabalhado junto à Comissão de Moradores de várias Vilas e Favelas da Cidade de Belo Horizonte, exercendo seu mister de assistência jurídica integral, fomentando a educação em direitos, e visando a instrumentalizar e efetivar o direito à participação acima mencionado, requisitando informações, realizando audiências públicas e reuniões na tentativa de composição do litígio e ajuizando ações somente quando o primeiro é inviável.

Quando a Defensoria Pública garante aos moradores o acesso à informação, permite que esses cidadãos possam compreender o litígio que os cerca e participar diretamente da construção de uma solução para a demanda na esfera extrajudicial. A informação, por sua vez, precisa ser clara e inteligível aos seus destinatários para que esses possam, inclusive, infirmá-la quando não corresponde a verdade dos fatos.

Desta feita, a Defensoria Pública tem contribuído para que os próprios moradores participem diretamente da sua inserção no direito à cidade, do gozo das funções sociais da cidade, gerando um protagonismo e empoderamento da própria população. Surge a possibilidade de moradores, entes federativos e demais órgãos públicos envolvidos, com a participação da Defensoria Pública, construírem, por si, uma solução para os conflitos existentes, ao invés de simplesmente receberem do Judiciário uma decisão que, muitas das vezes, não gera a solução efetiva do litígio, quiçá a pacificação social.

3 DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

O direito à moradia pressupõe a segurança da posse e a manutenção das famílias no local onde residem, excepcionados por condições que justifiquem a desapropriação,³⁹ que devem constar de diagnósticos e estudos que precedem aos projetos urbanos, conforme resta regulamentado pelo Ministério das Cidades, principal financiador das obras públicas, por meio da Portaria 317, publicada em 19/07/2013.

³⁹ ALFONSIN, Betânia. Direito à Moradia Adequada na América Latina. In **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**, ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio (Org). Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 17-39.

Justificada a desapropriação de bens particulares, a indenização deve ser prévia e justa (art. 183, §3 da CF) de forma a refletir o valor de mercado a fim de que os desapropriados tenham condições de conseguir imóvel semelhante na mesma região onde eles moravam. A indenização visa a “*buscar o equilíbrio entre o interesse público e privado, na medida em que o proprietário perde a propriedade, mas como compensação recebe o valor correspondente em dinheiro*” (DI PIETRO, 2006: 166).

Além da perda mensurável calculada pelo valor de mercado do bem desapropriado, o valor da indenização deve compreender ainda a perda não mensurável consistente no rompimento dos laços sociais e afetivos há anos construídos no local atingido.

A desapropriação é medida que visa a resguardar o direito de propriedade, considerado um direito fundamental (artigo 5º, XXII), mas deve também proteger o direito à moradia da qual a propriedade é apenas uma espécie, e, visando a esse bem de maior abrangência, alternativas de reassentamento devem ser oferecidas à comunidades pobres, residentes de assentamentos irregulares ou informais, afetadas por grandes obras de infraestrutura, mantendo as famílias na mesma região da qual estão sendo despejadas.

Normalmente, em Minas Gerais, o poder público, seja ele estadual ou municipal, tem ofertado apartamentos a título de reassentamento para moradores removidos de áreas objeto de obras públicas, construídos pelo Programa Minha Casa, Minha Vida ou oferta de compra monitorada com teto fixado em lei ou ainda por meio da indenização das benfeitorias, compreendidas como as acessões artificiais, ou seja, a edificação, excluindo-se do montante indenizatória a posse do imóvel e a propriedade, já que o morador não tem o título registrado no Cartório de Registro de Imóvel.

A lógica de que o interesse público prevalece sobre o interesse privado no caso de intervenção do Estado na propriedade particular, segundo as regras do Decreto-Lei 3365/41 deve ser flexibilizada no contexto de grandes obras urbanas que interfiram no direito à moradia de diversas famílias, tendo por fundamento o princípio da gestão democrática das cidades (art. 2º, II) e da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização (art. 2º, IX), ambos previstos no Estatuto das Cidades, à medida em que o Poder Público tem que justificar a necessidade da remoção. Não basta a alegação do interesse público, a remoção tem de ser a única alternativa para o alcance deste.

Caso contrário, relatos de violação de direitos humanos, remoções sem a prévia e justa indenização, despejos forçados desnecessários continuarão a ser notícias na mídia,⁴⁰ que certamente não é o esperado pela doutrina e normas constantes de tratados sobre direitos humanos. O Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU prega que remoções e despejos forçados devem ocorrer apenas em casos absolutamente necessários:⁴¹

⁴⁰ FOLHA DE S. PAULO. **Projetos públicos em São Paulo “expulsam” 165 mil pessoas de casa.** 25/10/2010. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/819680-projetos-publicos-em-sao-paulo-expulsam-165-mil-pessoas-de-casa.shtml> > Visualização em 5/10/2013

⁴¹ BASTOS, Cristiano de Melo. SANTOS, Fabio Alves. Aplicabilidade da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia: Garantia e efetividade no direito fundamental à moradia. **Revista Faculdade Arnaldo Janssen Direito**, Belo Horizonte/MG, v. 4, n. 4, p. 01-22, jan./dez. 2012. Disponível em < <http://www.faculdadearnaldo.edu.br/revista/index.php/faculdadedireitoarnaldo/index> > Visualização em 5/10/2013



[...] nos casos onde o despejo forçado é considerado justificável, ele deve ser empreendido em estrita conformidade com as previsões relevantes do direito internacional dos direitos humanos e de acordo com os princípios gerais de razoabilidade e proporcionalidade (item 14, tradução livre), não devendo ocasionar indivíduos “sem-teto” ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos, cabendo ao Estado, uma vez comprovada a necessidade de remoção,

tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir uma adequada alternativa habitacional, reassentamento ou acesso a terra produtiva, conforme o caso.

No contexto de proteção do direito à moradia que se vê ameaçado com a execução de grandes obras, seja decorrente de megaeventos ou obras de grande porte, a Resolução 317 do Ministério das Cidades é alentadora e deve ser observada, uma vez que o Poder discricionário da Administração Pública há de ser interpretado restritivamente, não lhe retirando a obrigação de fundamentação da decisão administrativa que recomenda a remoção forçada.

Havendo a necessidade de remoção, os moradores devem ser devidamente informados, orientados com a opção da devida indenização ou reassentamento, ainda que não tenham a titulação do imóvel, uma vez que a posse, de boa fé, principalmente aquela que preencha os requisitos à regularização fundiária é direito autônomo em relação à propriedade e possui valor de mercado. A informação é imprescindível para que o cidadão desapropriado ou removido possa, de fato, negociar com o ente desapropriante as opções de indenização e ter sua moradia assegurada.

4 REMOÇÃO DE ÁREA DE RISCO

De acordo com a Lei Federal nº12.606/2012, o legislador, pensando na parcela da população que não dispões de recursos, busca assegurar às famílias de baixa renda, residentes em área de risco, a opção de permanecer onde estão, à medida em que elege a remoção como última alternativa, precedida de opções de obras de eliminação do risco.

Essa lei garante que, a remoção de famílias residentes em assentamentos informais em área de risco só pode ocorrer se o risco não puder ser superado por meio de obras públicas.

A Lei federal 12.608/2012 institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC por sua vez, incluiu o art. 3º-B na Lei 12.340/2010 e de sua leitura depreende-se que a remoção somente deve ser realizada quando necessária, devendo o Poder Público primeiramente adotar providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança:

Art. 3º-B. Verificada a existência de ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, o município adotará as providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

Dessa forma, os moradores de assentamentos irregulares têm direito à informação sobre o laudo técnico que aponta o local como área de risco e ainda o direito de saber se os apontados riscos não podem ser superados por meio de obras públicas, visto que a remoção é a última opção.

5 DAS REMOÇÕES FORÇADAS NO CONTEXTO DO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

O direito à moradia tem por conteúdo um local digno de se morar e também condições mínimas que viabilizem a segurança da posse. O direito à moradia goza de proteção internacional, neste ponto, destacam-se a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976, e a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, e a Agenda Habitat, em 1996, estabelecidas na Conferência do Habitat II de Istambul como instrumentos legais internacionais que trataram do direito à moradia.

Segundo o §43 da Agenda Habita II de Istambul, a moradia adequada deve garantir acessibilidade física, segurança, incluindo segurança da posse, durabilidade e estabilidade estrutural, iluminação, aquecimento, ventilação, durabilidade e estabilidade estrutural, suprimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde e adequada localização com relação ao trabalho e serviços básicos, devendo todos esses componentes ter um custo disponível e acessível. Além de adequada, o cidadão tem direito de gozar de segurança da posse. A segurança da posse é conteúdo essencial ao direito da moradia, razão pela qual a sua perda deve ser devidamente indenizada nos procedimentos de remoção, sempre que não for possível manter as pessoas na área ocupada para fins de regularização fundiária, conforme leciona Letícia Marques Osório^{42 43}:

A segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e à terra pois sem ela – independentemente se formal ou informal – o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente. A segurança da posse, por se tratar de elemento central do direito humano à moradia, deve ser assegurada a todos, com igualdade e sem discriminação, abrangendo todos os indivíduos e famílias independentemente de idade, status econômico, grupo ou outra afiliação e status.

A posse merece proteção jurídica de forma autônoma e independente da propriedade, conforme ensina Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁴:

Em verdade, tutela-se a posse como direito especial, pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito social à moradia (art. 6º da CF – EC nº 26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos, hábeis a conceder dignidade à pessoa humana. (art. 1º, III, da CF)

⁴² Advogada, coordenadora do Programa das Américas do Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos (COHRE), autora do artigo “Direito à Moradia Adequada na América Latina”.

⁴³ OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à Moradia Adequada na América Latina. In ALFONSIN, Betânia et al (Org.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 35.

⁴⁴ **Direitos reais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40-43.



A segurança da posse é conteúdo essencial da moradia e pode ser concretizada por meio da regularização fundiária, no seu aspecto jurídico, que proporciona instrumentos de legalização e titulação de imóveis, afastando o medo que recaí sobre moradores de assentamentos informais de serem ameaçados de despejo/remoção ou cumprimento de decisões de reintegração de posse. São instrumentos de legalização e titulação de imóveis a usucapião, nas diversas modalidades, a concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na Medida Provisória 2220/2001, a cessão de direito real de uso, entre outros.

A regularização fundiária, após o marco legal representado pela Lei 11977/2009, engloba o aspecto jurídico e também de urbanização, aqui entendida como infraestrutura urbana como, por exemplo, saneamento básico. Seu conceito pode ser aferido nas normas abaixo citadas do Estatuto das Cidades e da Lei 11977/2009, respectivamente:

Artigo 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...)

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e normas ambientais. (Lei 10257/2001 Estatuto da Cidade)

Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (Lei 11977/2009)

Com fundamento legal nos dispositivos acima, a regularização fundiária é um direito público subjetivo. Celso Santos Carvalho (2010:137)⁴⁵ compreende que a regularização fundiária tem seu aspecto jurídico e urbanístico, e que neste último aspecto a sua função é de *“adaptar a situação existente aos padrões mínimos urbanísticos e ambientais, reconhecendo a realidade socioterritorial de cada lugar”*:

Vemos, portanto, que a regularização fundiária tem duas dimensões importantes. A primeira é a regularização urbanística, ou seja, a adequação do assentamento (composto pelas quadras, ruas, vielas, praças etc.) à legislação urbana e ambiental. A segunda é a regularização patrimonial, que diz respeito à garantia da posse do lote pelos moradores, concretizada por um título de propriedade, ou um título de concessão de uso, devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis. (CARVALHO, 2010: 131)

Em dissertação de mestrado para a PUC São Paulo, Cardoso⁴⁶ (2010) também sustenta que a regularização fundiária é um direito subjetivo:

⁴⁵ CARVALHO, Santos Celso. Regularização Fundiária. In: DANALDI, Rosana; ROSA, Junia Santa. (Org.) **Ações integradas de urbanização de assentamentos precários**. 2. ed. 2010, p.129-160. Disponível em < http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/PNUD_Curso_a_distancia_Miolo.pdf > Acesso em 14/11/2011

⁴⁶ Cardoso, Patrícia de Menezes. **Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil: função social e regularização fundiária**. 2010. 260p.: il. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito do Estado) – área de concentração: Direito Urbanístico, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A regularização fundiária, de interesse social, é reconhecida como um direito das famílias de baixa renda, um direito subjetivo, que tem na diretriz do Estatuto da Cidade (art. 2, XIV) e no conceito e critérios detalhados pela Lei nº 11.977/2009 (art. 47, VII), seu fundamento legal. (CARDOSO, 2010:89)

Celso Santos Carvalho lembra que além de um direito público subjetivo, a regularização fundiária de interesse social é obrigação do poder público:

O Estado brasileiro, nas várias esferas de governo, incluindo os poderes Executivo, legislativo e Judiciário, tem o dever de implementar esta nova ordem jurídico-urbanística, em consonância com nossa Constituição e com os acordos desenvolvidos no âmbito da ONU, como a Declaração e a Agenda Habitat da Conferência de Assentamentos Humanos – Habitat II, realizada em Istambul em 1996, e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, entre os quais se inclui a melhoria das condições de vida de, pelo menos, 100 milhões de moradores de assentamentos precários até 2020 em todo o planeta. (CARVALHO, 2010:134)

Como salientado, o artigo 46 da Lei 11977/2009 define a regularização fundiária como um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes.

Presente os requisitos para a regularização fundiária que significa a segurança e a titulação da posse, medidas de remoções forçadas devem ser relegadas aos casos urgentes de área de risco geológico não corrigíveis por intervenções urbanas ou por necessidade de um interesse público que englobe uma coletividade maior do que a removida e, nestes casos, precedida da prévia e justa indenização.

O procedimento de remoção forçada deve vir acompanhado de um amplo projeto social que garanta à efetiva participação da população afetada e meios que proporcionam o direito à informação.

6 CONCLUSÃO

A DPDH tem trabalhado junto às comunidades ameaçadas de remoção forçada orientando-as em relação aos seus direitos à regularização fundiária, o que inclui a manutenção da posse, e o direito de obter informações quanto à necessidade de remoção seja em virtude de obras públicas ou por ser a área apontada como de risco geológico.

Para que as comunidades tenham acesso à informação a DPDH se vale da prerrogativa institucional de requisitá-las, por meio de ofícios dirigidos às autoridades públicas responsáveis pela remoção, com fundamento legal no artigo 127, inciso X da Lei Complementar Federal 80/94 e artigo 74, inciso IX⁴⁷ da Lei Complementar Estadual 65/2003. A prerrogativa de requisição de informação é meio de concretizar o direito de acesso à informação das comunidades assistidas pela Defensoria Pública.

⁴⁷ Art. 74. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública no exercício de suas atribuições:

IX – requisitar de autoridade pública ou de seus agentes, civis e militares, exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências



O direito à informação e à justificativa das remoções são imprescindíveis para se evitar políticas higienistas por meio de esvaziamento de comunidades consolidadas para atender ao mercado imobiliário em detrimento de necessidades concretas para o interesse público.

Referências

BASTOS, Cristiano de Melo. SANTOS, Fabio Alves. Aplicabilidade da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia: Garantia e efetividade no direito fundamental à moradia. **Revista Faculdade**

JANSSEN, Arnaldo. **Direito**. Belo Horizonte/MG, v. 4, n. 4, p. 01-22, jan./dez. 2012. Disponível em <http://www.faculdadearnaldo.edu.br/revista/index.php/faculdadedireitoarnaldo/index> > Visualização em 5/10/2013.

BRASIL, Lei 10.257, de 10 de setembro de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, Estabelece Diretrizes Gerais da Política Urbana e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 2001.

BRASIL, Lei 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 jul. 2009.

CARDOSO, Patrícia de Menezes. **Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil: função social e regularização fundiária**. 2010. 260f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito do Estado – área de concentração Direito Urbanístico) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

CARVALHO, Santos Celso. Regularização Fundiária. In: DANALDI, Rosana; ROSA, Junia Santa. (Org.) **Ações integradas de urbanização de assentamentos precários**. 2. ed., 2010. p. 129-160. Disponível em < http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/PNUD_Curso_a_distancia_Miolo.pdf. > Acesso em 14 de nov. de 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Direitos Reais**. Salvador: Juspodivm, 2013.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à Moradia Adequada na América Latina. In. ALFONSIN, Betânia et al. (Org.) **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 17-39.

LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.5

O inquérito civil e seus sucedâneos

RENATO FALONI DE ANDRADE⁴⁸

Resumo: o presente trabalho busca analisar o inquérito civil a partir de seu conceito doutrinário, abordando temas como legitimidade, prescindibilidade e objetivos, questões sempre lembradas pela comunidade jurídica. O estudo busca também apresentar sugestões inovadoras, almejando compatibilizar o instituto com o Estado Democrático de Direito e com os fundamentos da República.

Palavras-chave: Tutela coletiva – Inquérito civil – Legitimidade – Ministério Público.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Hodiernamente, o direito processual civil vem se destacando como instrumento de transformação social. Com efeito, se outrora a lei processual civil regulava a “constituição, o desenvolvimento e a terminação da relação jurídica processual”,⁴⁹ atualmente sua presença no cenário jurídico se mostra indispensável à consolidação do Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania e a dignidade da pessoa humana.⁵⁰

Assim, buscando atender a esse aspecto do direito processual civil, o legislador ordinário inseriu significativas mudanças na legislação correlata, que culminaram com a aprovação do Novo Código de Processo Civil.⁵¹

Simultaneamente a essa característica do direito processual civil, impõe-se o acesso à justiça como direito fundamental que deve ser concebido em seu aspecto substancial, e não como mera submissão em juízo de uma pretensão resistida.⁵² Nesse sentido discorrem Cappelletti e Garth:

⁴⁸ Defensor Público em Minas Gerais. Mestre em Direitos Coletivos e Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto, SP – UNAERP.

⁴⁹ MIRANDA, 1995, p. 24.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigo 5º, incisos II e III.

⁵¹ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com entrada em vigor no dia 16 de março de 2016.

⁵² Nesse sentido: ALMEIDA, 2003, p. 68.



A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.⁵³

Se é certo que o acesso à justiça, enquanto direito fundamental,⁵⁴ corresponde ao acesso a uma ordem jurídica justa, certo é também que nem sempre o titular de um direito subjetivo consegue pleiteá-lo perante a jurisdição.

Com efeito, diversas barreiras são apontadas como impeditivas do real acesso à justiça, dentre as quais merecem destaque a carência econômica e organizacional de grande parte dos jurisdicionados e a omissão estatal quanto à plena instalação da Defensoria Pública. Conforme Almeida,

O principal obstáculo econômico é o que se refere ao acesso à justiça das pessoas menos favorecidas. Até a década de 60, do século XX, não existia uma preocupação efetiva com a tutela dos direitos dessas pessoas, que ficavam à margem da justiça, pois o custo do processo era muito alto como ainda o é, e não existia uma forma eficaz de assistência jurídica gratuita.⁵⁵

Sobre a omissão estatal no cumprimento do comando constitucional atinente à plena implementação da Defensoria Pública, órgão responsável pela “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”,⁵⁶ destaca:

Como se vê, a garantia constitucional da assistência jurídica integral e gratuita é substancial e bem ampla; contudo, como o art. 5º da Constituição Federal ainda é, em grande parte, uma *mera carta de intenção*, resta o trabalho das autoridades interessadas e da própria sociedade civil para a efetividade dessa garantia constitucional do acesso à justiça aos necessitados e menos favorecidos.⁵⁷

Outro entrave no acesso à justiça relaciona-se com a ausência de organização social, consistente na dificuldade dos titulares dos direitos metaindividuais de se organizarem frente aos poderes políticos e econômicos.

Cumprir destacar inexistir no Brasil instrumentos que efetivamente alimentem as instâncias de poder com os anseios sociais. Nesse sentido, basta apreciar a função desempenhada pelos partidos políticos e sindicatos brasileiros, verdadeiras “ferramentas” a serviço da perpetuação de seus dirigentes em postos de comandos político-representativos.

No mesmo sentido, certos direitos, ainda que insignificantes individualmente, acabam repercutindo socialmente, em razão do grande número de pessoas atingidas.

⁵³ CAPPELLETTI, 1988, p. 8.

⁵⁴ BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 5º, inciso XXXV.

⁵⁵ ALMEIDA, 2003, p. 74.

⁵⁶ BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 134, *caput*.

⁵⁷ ALMEIDA, 2003, p. 77.

Tais problemas, aliados a outros, têm ocasionado a readequação do direito processual civil, proporcionando a tutela jurisdicional dos direitos massificados, fenômeno ao qual Cappelletti denomina “metamorfose” do direito processual.⁵⁸

Destarte, redimensionando o direito processual civil, optou o legislador ordinário por conferir a certos entes legitimação para a propositura de ações visando à tutela dos direitos metaindividuais, assim considerados os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.⁵⁹ Com efeito, a Lei 7.347/85, que disciplinou a “ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, estabelece a legitimidade do Ministério Público; da Defensoria Pública,⁶⁰ da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das autarquias, empresas pública, fundações e sociedades de economia mista; e das associações, para a propositura da ação principal e da ação cautelar, visando à defesa dos direitos nela elencados, todos de ordem coletiva.

2 CONCEITO DE INQUÉRITO CIVIL

Ocorre que nem sempre o legitimado à propositura da ação principal ou da ação cautelar tem em mãos elementos de prova suficientes para verificar a existência de lesão ou ameaça a algum direito metaindividual.

Em se tratando do Ministério Público, o ordenamento jurídico oferece a opção do inquérito civil, conceituado como investigação administrativa e facultativa, a cargo do Ministério Público, voltada para a produção de provas acerca da existência de lesão a direito metaindividual, hábeis à propositura consciente da ação civil pública.

De acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, quando de sua manifestação ainda como Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, à época em que tramitava o projeto depois convertido na Lei 7.347/85, o inquérito civil.

Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública.

Semelhantemente, Tucci conceitua o inquérito civil como o “procedimento de natureza administrativa, de caráter pré-processual, que se destina à colheita de elementos prévios e indispensáveis ao exercício responsável da ação civil pública”.⁶¹

⁵⁸ CAPPELLETTI, 1991, p. 151.

⁵⁹ Os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos tiveram seus conceitos positivados no artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁶⁰ Legitimidade reafirmada durante o julgamento da ADI nº 3943, ocorrido no dia 07 de maio de 2015.

⁶¹ TUCCI, 2002, p. 313.



É a partir dos conceitos supra externados, os quais guardam incontestável semelhança, que passamos a tecer algumas considerações sobre o inquérito civil.

3 TITULARIDADE DO INQUÉRITO CIVIL

Do conceito atribuído ao inquérito civil, extrai-se que atualmente apenas o Ministério Público, dentre os legitimados à propositura da ação civil pública, tem titularidade para a sua promoção. Assim estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, quando estipula como função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, almejando a defesa de direitos metaindividuais.⁶²

No mesmo norte aponta a Lei 7.347/85, que confere ao Ministério Público atribuição de instaurar, sob sua presidência, inquérito civil.⁶³ Cabe esclarecer que o projeto de lei que deu origem ao referido diploma foi gestado nas “entranhas” do Ministério Público Paulista, e na sua redação original previa a legitimidade apenas do *Parquet*, para a promoção da ação civil pública. Pelo visto, durante a tramitação do projeto de lei, corrigiu-se o quadro de legitimados para a propositura da ação, havendo omissão quanto à legitimidade para os atos antecedentes, necessários a verificação de ameaça ou lesão a direito metaindividual. Diferente não é o entendimento doutrinário:

A primeira característica tirada do conceito de inquérito civil é a exclusividade de sua titularidade, considerando-se que apenas o Ministério Público pode instaurá-lo e conduzi-lo. Nesse tocante há interessante discrepância entre os legitimados a propor a ação civil pública e o inquérito civil, sendo nitidamente mais limitado o segundo campo de legitimação.⁶⁴

4 POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DE LEGITIMADOS À PROMOÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL

Contudo, ainda que apenas o Ministério Público detenha atualmente atribuição legal para promover o inquérito civil, nada impede que a lei venha contemplar outros colegitimados à propositura da ação civil pública a tanto, pois não há exclusividade constitucional estabelecida em favor daquela instituição. Na verdade, quando o constituinte originário quis conferir exclusividade ao Ministério Público relativamente a alguma função, o fez expressamente, como no caso da legitimidade para a propositura da ação penal pública.⁶⁵

⁶² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 129, inciso III.

⁶³ BRASIL. Lei 7.347/85. Artigo 8º, § 1º.

⁶⁴ NEVES, 2005, p. 219.

⁶⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 129, inciso I.

Estender o uso do instrumento aos demais colegitimados ressoa como iniciativa valorizadora do Estado Democrático de Direito, pois a investigação pré-processual proporciona o exercício responsável do direito de ação, preservando a honra, a intimidade e o patrimônio de pessoas que, afastado o procedimento pré-processual, correm o risco de responder a uma demanda temerária, proposta sem qualquer alicerce probatório, muitas vezes movida por interesses diversos daqueles verdadeiramente protegidos em sede de tutela coletiva. Em última instância, estar-se-ia promovendo a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira.⁶⁶

5 PRESCINDIBILIDADE DO INQUÉRITO CIVIL

A promoção do inquérito civil é facultada ao Ministério Público. Assim, se o membro do *Parquet* detiver elementos de prova suficientes a embasar sua pretensão, poderá ingressar diretamente com a ação civil pública, assim como qualquer outro colegitimado.

Tal característica, somada à exclusividade atribuída legalmente ao Ministério Público para promover o inquérito civil, possibilita a atuação concorrente e disjuntiva do demais colegitimados, que poderão propor a ação civil pública, sem depender da atuação do Ministério Público. Noutro giro, se a lei exigisse sempre um procedimento prévio investigatório, teriam os demais colegitimados que contar sempre com o Ministério Público, para que houvesse antes o inquérito civil, “o que evidentemente seria um absurdo injustificado”.⁶⁷

6 OBJETIVOS DO INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil tem como objetivo essencial a coleta de elementos de prova hábeis à propositura da ação civil pública. Assim, ao promover o inquérito civil, seu titular procura, sobretudo, verificar a ocorrência de lesão a direito metaindividual, mediante a realização de diligências, vistorias e inspeções, requisição de documentos, informações, exames e perícias, expedição de notificações e tomada de depoimentos.

Se concluir pela ocorrência de lesão, poderá propor a competente ação civil pública.

Como se nota, a propositura se apresenta facultativa, pois além do objetivo principal, o inquérito civil pode também alicerçar a tomada de compromisso de ajustamento de conduta do infrator, se apresentando como alternativa à jurisdição.

Pode ainda o inquérito civil amparar o exercício de qualquer ação pública de titularidade ativa do Ministério Público,⁶⁸ principalmente após o Supremo Tribunal Federal decidir positivamente quanto ao poder investigatório na seara criminal, em favor da instituição.⁶⁹

⁶⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 1º, inciso III.

⁶⁷ NEVES, 2005 p. 220.

⁶⁸ Nesse sentido: MAZZILLI, 2009, p. 447.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 87.610, 90.099 e 94.173. Relator Ministro Celso de Mello.



Por fim, o inquérito civil serve à realização de audiências públicas e expedição de recomendações dentro das atribuições do Ministério Público.⁷⁰

7 SUCEDÂNEOS DE INQUÉRITO CIVIL

Enquanto o legislador ordinário não amplia o rol dos legitimados à promoção do inquérito civil, regulando inclusive questões relativas ao seu eventual arquivamento, restam algumas alternativas para que os demais colegitimados possam angariar elementos de prova hábeis à propositura responsável de ação civil pública visando à defesa de direito metaindividual.

Dentre elas se destaca o direito de ser informado e de obter certidão, previsto constitucionalmente, o qual assegura a todos, o “direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, “independentemente do pagamento de taxas”.⁷¹ Mencionado direito restou regulamentado pela Lei 9.051/95, cujo artigo 1º estabelece o prazo de quinze dias, contados do registro do pedido no órgão expedidor, para que a certidão seja fornecida. Contudo, o interessado deve fazer constar do pedido esclarecimentos relativos aos seus fins e razões.⁷²

O direito fundamental à obtenção de informação e certidão, além do cidadão, deve beneficiar igualmente as pessoas jurídicas.

Com efeito, as pessoas jurídicas também devem ser contempladas com os ditos direitos fundamentais, quando compatíveis com sua natureza. Nesse sentido, Canotilho esclarece, comentando a Constituição Portuguesa: “Nos termos do artigo 12º/2, <<as **personas colectivas** gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com sua natureza>>”.⁷³ Noutra passagem da obra, define pessoa colectiva:

Por *personas colectivas* entende-se aqui diferentes <<unidades organizatórias>>: *personas colectivas* nacionais e estrangeiras e *personas colectivas* de direito privado e de direito público (associações, fundações). A extensão dos direitos e deveres fundamentais às *personas colectivas* (*personas jurídicas*) significa que alguns direitos não são <<direitos do homem>>, podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de *personas* não identificadas com cidadãos de <<carne e osso>>.⁷⁴

No Brasil se verifica semelhante extensão de certos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, desde que compatíveis com sua natureza, até porque, “em muitas hipóteses a proteção última do indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas”.⁷⁵ No mesmo sentido:

⁷⁰ Nesse sentido: MAZZILLI, 2009, p. 447.

⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5º, incisos XXXIII e XXXIV, alínea b.

⁷² BRASIL. Lei 9.051/95. Artigo 2º.

⁷³ CANOTILHO, 2003, p. 420.

⁷⁴ CANOTILHO, 2003, p. 421.

⁷⁵ BASTOS, 2000, p. 282.

Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, por reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas.⁷⁶

Assim, qualquer colegitimado poderá, com base no direito fundamental de ser informado e obter certidão junto à Administração Pública, colher elementos de prova que, confirmando a lesão a direito metaindividual, alicercem a ação civil pública. Exemplificativamente, se uma associação almeja propor ação civil pública visando anular convênio firmado entre a Municipalidade e empresa concessionária de serviços públicos, poderá antes obter informações e certidões acerca do ajuste, junto à administração pública.

Quanto à Defensoria Pública, seus membros poderão, quando for o caso, usar da prerrogativa prevista nos artigos 44, inciso X, 89, inciso X, e 128, inciso X, os quais asseguram aos Defensores Públicos Federais, do Distrito Federal e dos Territórios e dos Estados “requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições”.⁷⁷

Na verdade, a própria Lei 7.347/85 prevê a possibilidade de o interessado facultativamente “requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias”.⁷⁸ Todavia, mencionada possibilidade deve se adequar ao comando constitucional, para que nenhuma alegação da parte da autoridade pública, senão as próprias e descritas na Constituição, atinentes à segurança da sociedade e do Estado, possa impedir a obtenção das informações certidões desejadas.

Conforme demonstrado, o direito de informação e obtenção de certidão socorre aos demais colegitimados quando os dados estiverem em poder de autoridades e órgãos públicos.

Em se tratando de particulares, não há previsão constitucional que os obrigue a atender aos colegitimados, informando-lhes sobre fatos e dados que possam demonstrar a existência de lesão a direitos metaindividuais. Não existe também legislação ordinária específica que contemple tal possibilidade em favor de todos os colegitimados.⁷⁹

Todavia, a questão pode ser parcialmente resolvida pela aplicação da Lei 4.717/65, que regula a ação popular. A propósito, mencionada lei confere ao cidadão a possibilidade de requerer às entidades constante do *caput* do mesmo artigo, as informações e certidões necessárias, indicando a finalidade das mesmas.⁸⁰

⁷⁶ MORAES, 2004, p. 172.

⁷⁷ BRASIL. Lei Complementar 80/94. Artigos 44, inciso X, 89, inciso X, e 128, inciso X.

⁷⁸ BRASIL. Lei 7.347/85. Artigo 8º, *caput*.

⁷⁹ O Ministério Público, conforme o artigo 201, inciso VI, alínea c, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), e o artigo 6º da Lei 7.853/89, tem poder de requisição perante pessoas físicas.

⁸⁰ BRASIL. Lei 4.717/65. Artigo 1º, § 4º.



Negadas as informações ou certidões, cabe ao interessado propor a demanda sem elas, informando ao juiz o ocorrido.⁸¹

Informado, o juiz, se for o caso, requisitará as informações.⁸²

Mencionado procedimento tem aplicação nos casos envolvendo ação civil pública, podendo qualquer colegitimado requerer junto às entidades descritas no artigo 1.º, *caput*, da lei que regula a ação popular, informações e certidões quem possam alicerçar a propositura da ação.

Isto é possível, pois as Leis 4.717/65, 7.347/85 e 8.078/90, junto com as demais relacionadas ao processo coletivo, formam o denominado microssistema processual coletivo.⁸³ Nesse diapasão:

Com efeito, a concepção do microssistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o microssistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois unidas, formam sistema especialíssimo... As leis que formam esse conjunto de regulação, ímpar, sem exceção, interpenetram-se e subsidiam-se...⁸⁴

Adotando referido entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão de maio de 2009, admitiu a aplicação de regra da Lei 4.717/65 em processo versando sobre ação civil pública. Conforme aquela corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 19 DA LEI Nº 4.717/64. APLICAÇÃO.

1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina.

2. Recurso especial provido.⁸⁵

Se o detentor da informação estiver imune às regras antes mencionadas, compete ao legitimado propor a ação, buscando coletar os elementos de prova durante o desenvolvimento da relação jurídica processual. Entretanto, não há como se esquivar da responsabilidade inerente ao exercício do direito de ação, cujo abuso requer admoestação.

⁸¹ _____ . Artigo 1º, § 7º.

⁸² _____ . Artigo 7º, inciso I, alínea b.

⁸³ Com a promulgação da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, surgiu o microssistema processual coletivo, eis que mencionado diploma deu nova redação ao artigo 21 da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, nos seguintes termos: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. No mesmo sentido, confirmando a ideia de microssistema, dispõe o artigo 90 do diploma consumeirista: “Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. A conjugação dessas leis leva ao denominado “diálogo das fontes” processuais, possibilitando a aplicação intercambiante de diplomas legais que dispõem sobre a tutela coletiva.

⁸⁴ MAZZEI, 2005, p. 45.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1108542/SC. Relator Ministro Castro Meira.

Há ainda os que defendem a possibilidade de propositura de ação cautelar preparatória probatória, a partir do redimensionamento do requisito do *periculum in mora*, considerando o obstáculo à futura produção da prova tanto no sentido material como no jurídico.⁸⁶

Cumprido consignar finalmente, sobre os denominados poderes implícitos, mencionados pelo *Parquet* para legitimá-lo à condução de investigação que ampare propositura de ação penal. Nesse aspecto, defende o Ministério Público que, como senhor da ação penal, tem legitimidade para o procedimento preparatório (investigação direta sobre autoria e materialidade delitiva).⁸⁷

Se assim for, a Defensoria Pública, legitimada para a ação civil pública, tem, implicitamente, poderes para conduzir inquérito civil, na busca de elementos que sustentem a ação.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, verifica-se que o inquérito civil, quando utilizado conscientemente, possibilita a valorização da tutela coletiva enquanto instrumento de justiça social, podendo sua titularidade ser estendida a outros colegitimados.

Verifica-se também que, não sendo possível legalmente a promoção do inquérito civil pelos demais colegitimados, resta a eles o uso de alguns sucedâneos do mencionado instituto, dentre eles o direito de informação e petição, assegurado constitucionalmente.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988.

_____. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de processo**, São Paulo, n. 61, p. 144/160, jan.-mar. 1991.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil. Processo coletivo**. v. 4, 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord). **Ação popular – aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65**. São Paulo, RCS, 2005.

⁸⁶ Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 228.

⁸⁷ Nesse sentido: STF. *HC 91.661/PE*. Rel. Min. Ellen Gracie. DJe 064. P. 03.04.2009.



MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Edis. Ação civil por dano ao ambiente. In: MILARÉ, Edis (Coord). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo, RT, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º a 45**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória *sui generis*. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Processo civil coletivo**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002.



LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.6

A atuação da Defensoria Pública numa perspectiva crítica

*Para além do debate ideológico sobre a criminalidade e (apesar)
da disputa de poder (inter) institucional*

RODRIGO IENNACO DE MORAES⁸⁸

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho não busca servir de referência doutrinária para dirimir aspectos jurídicos controvertidos ou perspectivas conflitantes quanto ao método do Direito Penal e seu conteúdo político (ou sobre o reflexo que se projeta sobre a atuação do sistema penal). Não objetiva, também, servir de repositório para críticas institucionais ou ideológicas que se encontram subjacentes à história da luta pela afirmação institucional da Defensoria Pública, nem da sua correspondente missão de facilitar a cidadania dos excluídos (sobretudo quanto à promessa constitucional de fruição de direitos sociais).

Embora com prejuízo do melhor rigor metodológico, este ensaio procura abordar a relação entre os objetivos institucionais da Defensoria Pública e as possibilidades de discussão crítica acerca da criminalidade, para, a partir dela, provocar a reflexão sobre o especial modo de atuar da Defensoria Pública na prática forense criminal. Pretendemos, assim, fomentar o debate em torno dos estudos criminológicos, por meio de uma abordagem propedêutica e resumida sobre os temas que os permeiam, com vistas a incursões do conhecimento crítico na dogmática penal, a partir das teorias da norma e da pena, com olhos voltados para a *práxis*.

Muitos estudos sociológicos empíricos desconstroem a relação inexorável entre pobreza e criminalidade. De outro norte, em comunidades em que há a desigual distribuição dos bens sociais, é facilmente constatada a correspondente distribuição desigual das penas, atuando os conceitos de *seletividade* e *vulnerabilidade* conjugados em desfavor dos mais pobres, a quem se destina e se aplica a privação da liberdade e, com ela, a segregação do excluído.

⁸⁸ Promotor de Justiça em Minas Gerais. Doutorando e Professor Substituto de Direito Penal na UFMG.



O Direito Penal, do ponto de vista do direito positivo, ainda é refratário ao acolhimento dessa perspectiva. A dogmática penal, assim, não se apresenta naturalmente como disciplina ou metodologia de compreensão dos direitos fundamentais, nos planos social e individual, que se efetivam (ou são negados) ao cidadão, variando de acordo com o acesso aos benesses socioeconômicos disponíveis na comunidade. A construção do conhecimento dogmático, baseado na ideologia da defesa social, nos princípios da igualdade e “do bem e do mal”, não costuma deixar, expressamente, espaços normativos para o questionamento da legitimidade da punição seletiva dos vulneráveis.

Se entre nós a jurisprudência apoiada em valores dessa natureza ainda é tímida, os estudos criminológicos têm experimentado progressiva ebulição, após anos de relativo ostracismo. É disso que pretendemos cuidar.

2 A NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA E CONHECIMENTO JURÍDICO SOBRE A PUNIÇÃO

Na criminologia, o foco não é, necessariamente, o direito posto, ao contrário do que ocorre com o estudo teórico-dogmático do crime. Enquanto o Direito se ocupa do *dever-ser*, a criminologia mira o mundo do ser, a realidade das coisas. A relação entre ambos os setores do saber é inseparável. Talvez por isso a temática criminológica esteja em constante mutação e seja tão fluida e dispersa.

A visão exógena de criminalidade sempre permeou as políticas de securitização, apoiadas num pressuposto segundo o qual o marginal é o criminoso em potencial, razão pela qual deva ser contido, de acordo com uma máxima apriorística de natureza contratual, rompida com a prática de ato contrário à lei.

Se por um lado essa máxima pode ser considerada com alguma legitimidade no contexto das políticas de erradicação da pobreza, o desvirtuamento ou a apropriação deturpada dessa assertiva pode conduzir, como sói acontecer, à realização de um modelo de comunidade excludente, legitimando a política criminal coincidente com um modelo de segregação do excluído, que, para além da promessa de preservar a segurança de determinados bens ou interesses, trariam como consequência a progressiva exclusão dos pobres, destinados seletivamente à suportar as manifestações de violência das próprias instâncias sociais subculturais e, paradoxalmente, de constrição pela força, a cargo do poder estatal – sem falar na maior propensão à vitimização por atos de abuso de autoridade.

Para ilustrar esse raciocínio, basta a constatação da distribuição desigual de mortes violentas no espaço urbano, com a vitimização predominante da população jovem inserida em áreas privadas do acesso a direitos e serviços públicos fundamentais – ou seja, a cidade dos excluídos.⁸⁹ Ou ainda, as estatísticas sobre o perfil da população encarcerada, em qualquer lugar do Brasil.

⁸⁹ MARICATO, Ermínia. *As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias*, p. 164-165.

Aqui, o postulado da *crítica* não é invocado num propósito necessariamente radical/abolicionista, mas numa perspectiva disfuncional, para permitir o diálogo entre a dogmática penal e a maneira real como as instâncias oficiais atuam, reforçando o cabedal argumentativo da *defesa dos pobres*, para que a pobreza, no contexto da criminalidade que lhe é peculiar (pelos mecanismos seletivos da legislação e da persecução criminal), seja considerada pela própria dogmática, no mínimo para viabilizar a redução de pena, nos casos de condenação.

Enfim, o Direito Penal, em sociedades marcadas pela desigualdade, é um Direito Penal desigual, que cumpre, inversa e paradoxalmente, o aperfeiçoamento dos mecanismos excludentes. A hermenêutica penal, assim, deve se pautar no critério da vulnerabilidade para recompor, minimamente e na reserva do possível, o equilíbrio rompido pela seletividade, haja vista a punição prioritária da criminalidade massificada e visível, a que se destina prioritariamente a política da pena de prisão.

Nas linhas que se seguem, procuraremos apresentar uma ideia geral de como se constrói e se construiu o conhecimento criminológico, até a compreensão que se tem nessa quadra histórica, de maneira marcadamente dialética, às vezes paradoxal e até contraditória. Por fim, procuramos apresentar, exemplificativamente, algumas possibilidades argumentativas que decorrem da incorporação do respectivo discurso crítico no plano dogmático.

3 SABERES CRIMINOLÓGICOS: ENTRE CONFLITOS DE VERDADE E VERDADES CONFLITANTES

Não se pode, atualmente, falar na existência una e coerente de um sistema de ideias capaz de estruturar um ramo do saber a que se poderia chamar de *A Criminologia*. Quer tal afirmação significar que não temos uma única vertente da criminologia, tamanha a pluralidade de manifestações e de pesquisas que podem ser rotuladas sob esta terminologia. O que temos são vertentes diversas, linhas de pesquisa ou perspectivas argumentativas que se podem atrelar à criminologia, de tal maneira que devemos trabalhar com a ideia de *saberes criminológicos*, quase com o significado mesmo de serem várias *as criminologias*.

A razão dessa afirmação se encontra na raiz histórica das ideias penais, ideias que colocam, desde (e para) sempre, frente a frente, contrapondo-os, o poder punitivo do Estado e os anseios de liberdade do indivíduo acusado de crime. A história das ideias penais nada mais é, no final das contas, do que a história de uma tentativa, ainda incompleta, do encontro do equilíbrio entre essas duas perspectivas, em termos simbólicos ou racionais. De um lado, o crescente clamor por eficiência dos mecanismos estatais de controle social, com todos os matizes que se podem extrair desse conceito como categoria jurídica. De outro, um conjunto de ideias de questionamento sobre até que ponto a intervenção estatal será legítima ou não: desde um discurso de lei e ordem até o abolicionismo radical, com reflexos, também, na teoria das funções do Direito Penal.



O interessante, aqui, é entender como essa transição se dá, no sentido de compreender as razões que levaram à superestimação das funções da pena no âmbito da teoria jurídico-penal, de modo a fundamentar a própria teoria do delito, desde a apreciação valorativa da conduta e, assim, da tipicidade: primeiro aparato dogmático do conceito analítico de crime e que encerra a própria noção de legalidade/anterioridade. A noção tradicional, que debatia simplesmente em termos de prevenção (especial/geral, positiva/negativa) e retribuição, restou consideravelmente enriquecida com argumentos de cunho sociológico que, invariavelmente, colocam à prova a própria legitimidade de aplicação da pena privativa de liberdade pelo Estado. Até então, pouco se discutia em termos de possibilidade concreta de cumprimento das funções declaradas do sistema.

O que nos interessa mais de perto, então, é relevar a proeminência do movimento criminológico de enfoque marcadamente sociológico, que visa, ao fim e ao cabo, à crítica das instâncias (formais e informais) de controle social, com o conseqüente alargamento do conceito de crime e do objeto da própria criminologia. Cuida-se, enfim, de revisitar o conjunto de ideias que nos trouxe até o panorama atual e que ora se apresenta de maneira mais eloquente, fazendo da criminologia o palco mais eloquente de crítica do sistema oficial de intervenção penal: enfim, a transição que galgamos até a estruturação do ideário da criminologia crítica e de sua influência na estruturação da criminologia dos direitos humanos na América Latina.

Não há, nesse prisma, um saber criminológico melhor ou mais certo do que o outro (verdades conflitantes), pois nenhum se revela autossustentável, apto a servir de paradigma para toda gama de pesquisas e enfoques com os quais a criminologia se depara ou de que se ocupa.

Convém ressaltar, também, que o conceito de crime em que se apoia a criminologia é consideravelmente mais amplo que o conceito de crime de que se apropria o Direito Penal, fazendo com que, sob as luzes da criminologia, discutam-se questões que acompanham de perto o Direito Penal, mas que não estão, necessariamente, dentro de seu espectro de atenção, como acontece, por exemplo, com a embriaguez, com a discriminação de migrantes, com práticas incestuosas etc.

Por outro lado, o discurso de *deslegitimação* da intervenção penal que é fomentado, em certa medida, pela criminologia crítica, se, num viés, não se revela falho quando o contrastamos com a aplicação seletivo-discriminatória do direito penal, noutro olhar não traz respostas alternativas satisfatórias quando analisamos graves violações a direitos e interesses protegidos constitucionalmente (conflitos de verdade), sendo legítima, nesse prisma, a expectativa de que não sejamos surpreendidos com ataques violentos contra nossa vida, por exemplo, e de que, caso ocorram, sejam tutelados pelo Estado, por meio de seus instrumentos democráticos (notadamente o processo), em substituição à repulsa privada por parte da vítima ou de pessoas que com ela compartilhem laços de proximidade comunitária (parentesco, amizade etc.).

Isso corresponde, em outras palavras e para além da necessária “tomada de posição” da Defensoria Pública, no plano institucional, à percepção básica do Defensor Público que atua na área criminal, no sentido de que os agentes do Estado encarregados da persecução

penal não são inimigos, nem da defensoria nem do réu, no sentido de que seu papel funcional não lhe autoriza perder de vista o interesse primordial e o foco de sua atuação, no que se refere às possibilidades argumentativas e técnicas em relação à imputação formulada contra seu assistido.

Há, com efeito, ainda hoje, uma tendência quase inconsciente (e ultrapassada) de se identificar a criminologia com a perspectiva clássica lombrosiana, que se confunde com a confusão da “ciência” com ensaios de laboratórios caricatos. Isso reflete, na verdade, a ilusão dos debates sociológicos como ciência, ou da ciência como conhecimento capaz de nos trazer as respostas para todos os problemas, notadamente sociais, como se a criminologia, que aqui mais de perto nos interessa, fosse capaz de produzir verdades absolutas e irrefutáveis a qualquer questão que se colocasse no ambiente da criminalidade, capaz de nos conduzir a um convívio social alheio a conflitos... E, mais além, a ilusão do próprio arcabouço argumentativo em torno do Direito Penal e da Criminologia como ciência, sem que se reflita, previamente, sobre os contornos metadogmáticos da Ciência do Direito.

Essa resposta absoluta talvez não exista senão na nossa pretensão de prevalência discursiva sobre outros conhecimentos, arbitrariamente aglutinados sob o pejorativo rótulo do senso comum. É necessário reconhecer e registrar, desde já, que a *verdade científica*, como sinônimo de uma verdade verdadeira e superior, sobretudo no campo das ciências humanas e sociais, será sempre um objetivo “ilusionário”: o que não lhe retira a validade nem a possibilidade de demonstração racional.

3.1 Vertentes da Criminologia

Costuma-se, modernamente, conceituar a criminologia a partir dos seguintes componentes:

ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento criminoso e que trata de subministrar uma informação válida (contrastada ou contrastável com a realidade) sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – problema individual e social – assim como sobre os programas de prevenção eficaz do crime e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.⁹⁰

Cuida-se de um conceito elaborado numa perspectiva *ex post*, que surge da tentativa de incluir todos os estudos declarados criminológicos, revelando, a amplitude do respectivo objeto de estudo (referido no conceito), que a criminologia não é resultado de um saber puro, mas “contaminado” por outros saberes que lhe conformam as vertentes plurais.

A criminologia recebe influxos principalmente de três campos do saber, que a fundamentam e a acompanham desde sua inauguração: a biologia, a psicologia e a sociologia. Por ser uma ciência interdisciplinar, a criminologia teve sempre que conviver com o questionamento à sua autonomia. A criminologia nasce da mentalidade positivista,

⁹⁰ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, p. 39.



com a conjugação de saberes de outras ciências, o que faz dela uma ciência *transdisciplinar*, um fruto da contribuição dos outros saberes, cujo “resultado” é mais que a soma das visões individuais setorializadas; é um resultado que se pretende novo, próprio da criminologia, nascido da fusão daquelas visões interdisciplinares, inaugurando um conhecimento novo que transcende as visões particulares originais, que o formaram.

O que se pode afirmar em relação à criminologia, no seu atual estágio, é que se cuida da tentativa de elaboração de um conjunto de ideias, com uma certa sistematização e coerência, capaz de se agrupar e se apresentar numa roupagem comum, como conhecimento peculiar e autônomo que se ocupa de objeto específico, dotado de metodologia e discurso próprios.

Se a criminologia é ciência empírica, ela deve, necessariamente, ser passível de demonstração realística (mundo do ser, mundo das coisas) e experiencial. De certa maneira, dizer que a criminologia é uma ciência empírica, é quase uma desconfiança da criminologia como ciência, pois dificilmente teríamos uma visão de ciência, do ponto de vista estrito do conhecimento científico, afastada da noção de sua possibilidade de demonstração. O empirismo, aqui, significa a possibilidade de contrastação fática e real, em contraponto com uma ciência de valor, cultural.

Na visão tradicional do Direito Penal, a solução de um conflito que envolve a pretensão punitiva estatal é simples, porém formal e limitada do ponto de vista da efetiva pacificação social. Isso porque a imputação, quando reconhecida pelo judiciário, conduz à aplicação da pena cominada, que será depois executada. Os mecanismos técnico-jurídicos são delineados na sentença que, formalmente, restabelece a ordem social violada com o crime. Mas essa operação não resolve efetivamente o problema, senão cria novos, diretos ou derivados da necessidade de execução da pena, seja do ponto de vista individual (para a vida do condenado e de seus familiares), seja social. A criminologia quer cuidar dos aspectos substanciais envolvidos no problema.

A solução jurídica do direito penal abstrai o mundo da realidade, substituído por sua representação nos autos, assim como o cadáver da vítima, no processo por homicídio, é representado pelo laudo de necropsia. Já o conflito gerado efetivamente passa à margem da solução: o filho da vítima de homicídio que ficou sem pai, o filho do réu condenado que terá o pai preso etc. É nesse mundo que opera a criminologia, para além da ciência jurídica.

Nesse sentido, esta discussão *não é* criminologia, mas abordagem de conteúdo criminológico. Não estamos, aqui, *fazendo criminologia*, estamos falando da criminologia. E o saber criminológico, mais que pensado, é saber feito, é conhecimento realizado *sobre a e na* realidade. O saber jurídico quer trazer a realidade para os autos, para reduzi-la a questões, pareceres e decisões. A criminologia vai ao encontro da realidade para, nela, estruturar seu conhecimento. A amplitude de seu objeto se complementa com a pretensão de estudo dos mecanismos de controle social (formais e informais, oficiais e não oficiais: família, escola, polícia, judiciário, processo etc.), próprio da criminologia crítica.

4 O DILEMA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO CONTEXTO DA DEFESA SOCIAL

A Defensoria Pública é instituição *essencial* à função jurisdicional do Estado. Se o Estado, em sua conformação estrutural, compõe-se de *poderes* ou *funções* (executiva, legislativa e judiciária), estabelece-se como fundamental a conjugação de recursos para que as funções se traduzam em ações efetivas tendentes à consecução do interesse público (primário, coincidente com sua atividade-fim).

A Defensoria Pública, posto que órgão não-jurisdicional, é da *essência* da prestação jurisdicional. Vale dizer – diante do texto constitucional –, sem Defensoria Pública não se exerce legitimamente a atividade judicante nos litígios que envolvam interesse de cidadãos pobres, por isso mesmo desprovidos de recursos materiais para contratação de advogado. A lei – diz a CR/88, ao consagrar o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional – não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a interesse juridicamente protegido. Portanto, garantia instrumental à efetividade de qualquer direito previsto no sistema normativo é o *acesso à justiça*.

Nesse aspecto, por deter a capacidade postulatória, o *advogado* é indispensável à administração da Justiça. Por outro lado, quando se trata de pessoa necessitada, a contratação do profissional da advocacia, com base na *fidúcia*, fica sobrestada. Surge então, para o Poder Público, a obrigação constitucional de prestar assistência jurídica integral e gratuita a quem dela necessita. E a instituição a quem a CR/88 incumbiu tal mister é a Defensoria Pública. O “advogado” do cidadão pobre é o Defensor Público⁹¹. Nas entrelinhas, a Constituição disse: quando o cidadão pobre sofrer (como sói acontecer neste país de miseráveis) lesão (ou ameaça de lesão) a interesse tutelado pelo direito objetivo, o Defensor Público será *essencial* à administração da justiça.

Logo de início, convém consignar nossa visão, no sentido de que a atuação da Defensoria Pública em hipóteses legais que lhe conferem atribuição desvinculada da condição econômica do assistido, ou seja, quando ela atua além dos casos estritos de pobreza, não se baseia na decantada “vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica”, mas encontra respaldo na “atuação como fator de legitimidade do processo”. É o que acontece, por exemplo, nos casos extraordinários de defesa criminal de quem não é pobre, porém indefeso porque não constituiu advogado, embora pudesse fazê-lo.

Cuidando, aqui, das hipóteses de atuação ordinária da Defensoria no plano criminal, impende chamar atenção para uma compreensão do Direito Penal como ciência global, no sentido de que há influxos de outras disciplinas aptas ao preenchimento de lacunas normativas, espelhando os princípios constitucionais para materialização de garantias do acusado da prática de crime. Isso se dá não apenas no processo penal, mas também no plano da hermenêutica do Direito Penal.

⁹¹ Não se pretende, aqui, discutir as consequências da consideração do Defensor Público como advogado, nem a respectiva submissão a controle pela Ordem dos Advogados, senão frisar que a atividade é uma atividade, se não de advocacia pública (em favor da Administração), de advocacia para o público (em favor de uma parcela dos administrados).



Essa atuação, ademais, encontra-se permeada por paradoxos que devem ser enfrentados. A ideologia da defesa social se estrutura no princípio da isonomia e parte do pressuposto de que o Direito é a representação do bem social, enquanto o crime é a manifestação do mal praticado por ação individual antissocial. Ou seja, a própria inclusão da Defensoria Pública, no plano institucional, no espectro da defesa social, revela a pretensão de legitimidade das instâncias formais. Ao lado da garantia do acesso à justiça para os pobres, incluem-se o respeito à ampla defesa, o ideal de prevenção e ressocialização por meio da pena; a preponderância do interesse social, a visão do delito como categoria ontológica e natural; a culpabilidade fundada no livre arbítrio (desvalor moral-normativo na escola clássica e sócio-psicológico revelador de periculosidade na escola positiva) etc.

Não apenas a concepção constitucional da Defensoria Pública faz parte deste arcabouço político, mas a própria legislação se estrutura nessa perspectiva, projetando a técnica de antecipação da punição com a incriminação de atos preparatórios, tipificação de hipóteses de perigo, medidas de segurança com prazos indeterminados, considerações subjetivas referidas ao autor e à sua vida pregressa. O contraponto dessa visão de defesa social é revelado pela programada ineficácia dos tipos de delito relacionados à delinquência do colarinho branco, com o respectivo aparato institucional de blindagem dos criminosos refinados (sonegadores de tributos, criminosos do sistema financeiro etc.). A pretexto de velar pela legitimidade da tutela penal, frequentemente se incrementa, aparentemente em contraponto à ideologia da defesa social, a ideia de que o direito penal não se poderia expandir para alcançar estas searas. Apesar da aparente vinculação aos interesses democráticos e libertários inerentes à atuação da Defensoria Pública, o engajamento dos Defensores Públicos nessa luta política contribuiria, paradoxalmente, para a perpetuação da pena de prisão reservada exclusivamente aos pobres.

Da mesma maneira, a doutrina da defesa social preconiza o controle prioritário das populações marginais, com a administração de fatores de risco de maneira discriminatória com incursões cada vez mais invasivas em contingentes habitacionais pobres, preconizando-se programas de prevenção administrados de maneira desigual, a partir da concepção da criminalidade de massa como a manifestação do delinquente “perigoso”. A ideia de ressocialização, na verdade, é apenas mais uma faceta inalcançável desse paradigma, pois a expectativa e os valores da “sociedade que detém o poder” não são coincidentes com as oportunidades da “sociedade que lhe deve obediência”.

Desde o positivismo sociológico de Ferri incorporamos em nosso cabedal explicativo da criminalidade um viés argumentativo de proeminência exógena em relação à criminalidade, refutando gradativamente os fatores psíquicos, mentalistas e/ou comportamentais de característica individual. Este deslocamento da atenção dos fatores bio-psicológicos para os sociais, se modernamente são reforçados pela perspectiva funcionalista do sistema penal, por outro reforçam uma tendência de visão etiológica da criminalidade, exigindo-se do Direito Penal um ideal de securitização que não lhe é imanente. Isso transparece, também, na perspectiva estrutural-funcionalista que influenciou a Escola criminológica de Chicago, em que predominava uma visão biológica da sociedade (superorganismo),

pautada por um certo determinismo geográfico-urbano em relação às manifestações da criminalidade, noção que perdurou inclusive na criminologia organizacional fundada nos estudos de Durkheim e Merton.

Só a partir desse ponto se ampliou o debate para as possibilidades de negação do “princípio do bem e do mal”, com aspirações de superação do dualismo indivíduo-sociedade, a partir de teorias como a da *anomia* (tensão entre as metas culturalmente propostas e os meios institucionais disponíveis) de Merton, do *culturalismo* (associação diferencial) de Sutherland, da *oportunidade diferenciada* de Cloward e das subculturas de uma maneira geral de Miller, Cohen e outros.

Foi então que a teoria do *etiquetamento* (*labelling approach*) foi acolhida pelos criminólogos, inaugurando o movimento interacionista e focando as atenções na maneira como os grupos sociais constroem o desvio (ao criar regras; ao aplicá-las seletivamente; ao classificar os “criminosos” como estranhos). Essa relatividade valorativa introduzida pelos teóricos da “construção social da realidade” revelaram que o desvio não é uma qualidade do ato, mas resultado de processos de criminalização que se realizam na interação entre o desviado e o grupo social que etiqueta o transgressor como tal.

Essas tarefas não estão satisfeitas, do ponto de vista das forças políticas subjacentes aos mecanismos de aplicação do Direito Penal. Estamos longe de um sistema de distribuição igualitária do Direito Penal. Muitos temas estão por ser discutidos e construídos na perspectiva de superação de práticas estigmatizantes desnecessárias e aviltantes, seletivamente voltadas para os pobres. O uso sistemático de algemas, em interpretações seletivas da súmula vinculante do STF, o uso de uniformes da prisão em julgamentos pelo Tribunal do Júri, a veiculação de imagens do “criminoso” na mídia etc.

5 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA COMO PAUTA DE DIÁLOGO ENTRE DOGMÁTICA PENAL E DIREITOS HUMANOS

Como marco teórico de referência, utilizamos o conjunto de ideias, relativamente sistematizadas, situadas num campo do saber que pode ser denominado Criminologia Crítica, em cuja feição está atrelada a Criminologia dos Direitos Humanos. Tal vertente permite converter os mecanismos de reação social e as instâncias oficiais de poder em objetos de estudo: aplicação de postulados que auxiliam a análise crítica do sistema penal e da efetividade das funções (efetivas e declaradas) desempenhadas por seus órgãos e instituições. No dizer de Baratta:

A razão tecnológica encontra um limite natural na forma de concorrer para a resolução de contradições do sistema; [...] não consegue atuar senão sobre aquelas contradições do sistema que parecem suscetíveis de serem resolvidas no interior do sistema mesmo, levando a ideologia penal aos níveis mais avançados e humanitários e tentando melhorar e integrar as ferramentas da política criminal atual. [...]

A criminologia tradicional [...] mesmo em suas versões mais atualizadas (através da aproximação ‘multifatorial’) tem, por sua natureza, uma função imediata e diretamente auxiliar em relação ao sistema penal existente e à política criminal oficial. [...] É por isso que está obrigada a tomar emprestado do sistema penal a definição de seu próprio objeto de investigação: a “criminalidade” enquanto definida



pelas normas e as estatísticas, os “criminosos” como indivíduos selecionados e estigmatizados (e, assim, disponíveis para a observação clínica) através da instituição prisão.[...]

Para a criminologia crítica o sistema positivo e a prática oficial são, antes de tudo, o objeto de seu saber. A relação com o sistema é **crítica**; sua tarefa imediata não é realizar as receitas da política criminal, mas examinar de forma científica a gênese do sistema, sua estrutura, seus mecanismos de seleção, as funções que realmente exerce, seus custos econômicos e sociais e avaliar, sem preconceitos, o tipo de resposta que está em condições de dar, e que efetivamente dá, aos problemas sociais reais.

[...] isto é exatamente o que caracteriza a criminologia crítica em face da criminologia tradicional. Sua capacidade para estabelecer um discurso científico diferente e mais amplo que o da criminologia tradicional depende – ainda que não somente – da passagem do paradigma etiológico para o paradigma da reação social.⁹²

Assim, ao assumirmos como referencial o paradigma da Criminologia Crítica, estamos expressando o objetivo de questionamento da expressão real das instâncias oficiais de que emana o poder estatal, o que engloba “*uma análise do processo de definição e de reação social, que se estende [...] à desigual distribuição desse poder e aos conflitos de interesses que estão na origem deste processo.*”⁹³ Isso não significa que pretendemos desenvolver uma teoria absolutamente *deslegitimadora* da atividade de persecução penal, mas que nos apoiamos numa abordagem teórica questionadora dos fundamentos da “dimensão da definição” ou da “dimensão do poder” – na medida em que a atividade de persecução poderia se desenvolver, concretamente, de maneira ilegítima, ao arrepio da constituição e das leis.

A crítica é o único caminho para provocar a necessária evolução (técnica e humana) dos órgãos estatais que intervêm na persecução penal.

6 POSSIBILIDADES PARA UMA DOGMÁTICA MINIMAMENTE LEGÍTIMA

O que se quer defender, neste ensaio, é que a Criminologia Crítica pode servir como uma das ferramentas argumentativas aptas ao incremento da ruptura necessária de práticas aviltantes seletivamente aplicadas aos mais pobres. Cuida-se de uma criminologia mais “radical”, porque “libertadora” ao questionar os fundamentos da aplicação da pena privativa de liberdade, e ainda a maneira como estas pessoas são tratadas pelo sistema penal, desde a polícia até o estabelecimento prisional. Cuida-se de um posicionamento de crítica constante da dogmática para, ainda que na perspectiva de sua legitimação intrínseca, buscar o aperfeiçoamento do sistema em favor do respeito estrito aos direitos humanos. Ou seja, cuida-se de uma perspectiva normativa de compromisso social, em atenção aos objetivos fundamentais da república, para além das políticas públicas de redução da pobreza, cuja atuação pretende, no plano da “imediatez”, conferir tratamento o mais digno possível ao pobre quando alvo do sistema penal.

⁹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal, p. 216-217.

⁹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal, p. 211.

Pode-se transpor o discurso crítico para reconstruir os limites normativos no contexto da principiologia constitucional. Defendemos, por exemplo, que são teses passíveis de desenvolvimento argumentativo:

- a) a extrema pobreza do réu (art. 1º, parágrafo único, do Decreto n. 7.053/2009) como circunstância atenuante inominada (art. 66, CP; art. 3º, III, CF), pois a democracia quer evitar a marginalização;
- b) as agressões eventualmente sofridas pelo réu no momento de sua prisão como circunstância atenuante inominada (art. 66, CP; art. 5º, III, XLVI e XLVII, “e”, CF), pois nem o Estado pode aplicar castigos físicos;
- c) o cometimento de crime patrimonial por pessoa pobre, em época de grave crise econômica, como atenuante inominada (art. 66, CP; art. 76, CDC) pois a mesma circunstância agrava a pena dos que praticam crimes contra os consumidores;
- d) a divulgação de imagens não autorizadas do réu pela imprensa como atenuante inominada (art. 66, CP; art. 78, II, CDC; art. 5º, III e X, CF), pois a exposição do fato criminoso e de seu autor, na mídia, tem natureza sancionatória no sistema jurídico-penal brasileiro;
- e) a irrelevância penal do fato quando o tempo de prisão provisória já se mostra proporcional à gravidade do delito, independentemente de posições restritivas ao princípio da insignificância baseadas na reincidência;
- f) a tipificação do uso de certidão de conclusão de ensino formal como crime de pequeno potencial ofensivo, em casos de acesso ao mercado de trabalho (art. 6º, CF), nos termos do art. 301, §1º, CP;
- g) a irrelevância penal do fato quando empregado doméstico pratica subtração de bem de valor inferior ao que lhe seria devido em função do vínculo empregatício, quando o empregador deixa de recolher valores devidos ao empregado (INSS, anotação do vínculo na CTPS etc.).

A perspectiva da construção social da criminalidade pelo sistema de controle, notadamente pelo controle penal, enriquece a relação da criminologia com a dogmática penal, ao revelar o caráter “normal” e funcional da criminalidade, propiciando ao Defensor Público definir seu foco de atuação com vistas aos direitos e garantias fundamentais de determinado assistido, a quem se imputa um fato específico.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O programa (ideológico!) abolicionista pode coincidir, em suas bases de reflexão, com determinadas lutas institucionais da Defensoria Pública, mas não esgota seu mister constitucional. O discurso (ideológico?) contrário à expansão do direito penal para áreas tradicionalmente imunes à punição (crimes do colarinho branco, lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem tributária etc.) não se insere nos escopos fundamentais da Defensoria



Pública, na medida em que, paradoxalmente, perpetua a distribuição desigual da pena (a pena privativa de liberdade para os pobres).

À Defensoria Pública cumpre, com primazia, denunciar a persistente tensão entre conflitos violentos e défices sociais, pautando sua atuação na linha de uma ciência cultural comprometida com o interesse imediato do seu assistido no processo, ultrapassando a tendência das instituições se autoproclamarem vetores de transformação social, em substituição ao devido reconhecimento de protagonismo e de empoderamento democrático das próprias comunidades marginais que resistem.

Esse modelo de atuação deve se basear numa postura *historicizada* dos processos sociais, bem como da realidade comportamental do desvio, em favor de interesses emancipadores.

Esses parecem ser os valores que estruturam a base da *criminologia dos direitos humanos*, cujo referencial argumentativo deve ser preservado, fomentado, discutido e desenvolvido, sem que se perca de vista que seu objetivo é propiciar o desenvolvimento do sistema jurídico, do ponto de vista normativo, para que se estabeleça uma hermenêutica democrática para o direito penal. Como diz Lola A. de Castro, Direitos Humanos como objeto e como limite da criminologia – e, por que não, do próprio Direito Penal? Para que se configurem condições sociais que favoreçam a ruptura da tendência de não criminalizadora de ações antissociais das classes hegemônicas, no mesmo passo em que refutem a perpetuação da criminalização do pobre a partir de estereótipos (pré-conceituais), da construção seletiva da identidade social da população carcerária e da intensificação da repressão oficial sobre zonas territoriais marginalizadas.

Enfim, o Defensor Público deve permanentemente denunciar os mecanismos de (re) produção da marginalização, projetada para alimentar a engrenagem econômica da “indústria do crime” (ciclo econômico da droga etc.), bem como instrumentos políticos de repressão ilegais (milícias, grupos de extermínio etc.). Mas essa não é sua tarefa fundamental. Um Direito Penal melhor é possível (?). Antes de incorporar o estudo do Direito Penal a partir do pensamento sistêmico (funções da pena e ênfase na política criminal), precisamos tentar responder: Direito Penal pra quem?

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista da Faculdade de Direito da UFSC**, n. 30, ano 16, junho de 1995, pp. 24-36.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BERGER, Peter L. e LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

CASTRO, Lola Aniyar. **Pensamento criminológico**: resumo gráfico e seu reflexo institucional. Mandamentos: Belo Horizonte, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Robert Merton e o funcionalismo**. Belo Horizonte: Mandamentos.

GUINSBURG (Org.) **A paz perpétua**: um projeto para hoje – Kant et al. São Paulo: Perspectiva, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GEISER, Robert L. **Modificação do comportamento e sociedade controlada**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

MARICATO, Ermínia. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias: Planejamento urbano no Brasil. In: ARANTES, Otilia et al (org.). **A cidade do pensamento único**: desmanchando consensos. Petrópolis/RJ: Vozes, 2000, p. 121-192

_____. **Brasil, cidades – alternativas para a crise urbana**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

MARTINEZ, Mauricio. **El estado actual de la criminología y de la política criminal**. Disponível na internet: <http://criminologia21.com.ar>

MOLINA, Antônio García-Pablos, GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. RT: São Paulo, 2002.

PAVARINI, Massimo. **Processos de recarcerização e ‘novas’teorias justificativas da pena**. In: Ensaios criminológicos. Monografia n. 23 do IBCCRIM, São Paulo: 2002, p. 128-167.

_____. **Da perda da pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma ‘procura’**. In: Ensaios criminológicos. Monografia n. 23 do IBCCRIM, São Paulo: 2002, p. 91-126.



A Defensoria Pública enquanto reflexo do regime democrático no sistema de justiça criminal

HERBERT JOSÉ DE ALMEIDA CARNEIRO⁹⁴

THIAGO COLNAGO CABRAL⁹⁵

A Constituição Federal de 1988 estabelece, dentre os objetivos fundamentais da República, a promoção do *“bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (art. 3º, inciso IV), além de arrolar, na formação do chamado Estatuto das Liberdades, os direitos fundamentais à *“apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito”* (art. 5º, inciso XXXV), ao *“respeito à integridade física e mental dos presos”* (art. 5º, inciso XLIX), *“ao contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais e administrativos”* (art. 5º, inciso LV) e ao encargo do *“Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”* (art. 5º, inciso LXXIV).

É certo que parte dos referidos direitos fundamentais, corolários do objetivo da República de promoção do bem de todos, já estavam arrolados na Constituição Federal de 1946 e de 1964, entretanto, não há como deixar de perceber que a própria colocação tópica dos direitos fundamentais na Constituição Federal vigente, trazida para o início do texto, revela a prevalência destas disposições frente àquelas destinadas à organização do Estado.

Com efeito, a ordem constitucional vigente a partir de 1988 indica, sobretudo se comparada com as disposições constitucionais anteriores, o propósito de emprestar prevalência aos direitos e garantias fundamentais frente ao núcleo constitucional de organização do Estado, reservando àqueles a atribuição de diretrizes estruturantes do sistema normativo.

⁹⁴ Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Presidente da Associação de Magistrados de Minas Gerais – AMAGIS. Foi presidente e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Foi vice-presidente da Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas. Coordenador e orientador do curso de formação de magistrados da EJEJ. Professor da Faculdade Milton Campos.

⁹⁵ Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Governador Valadares-MG e mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP. Orientador de cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Coordenador de grupo de magistrados designado pela AMAGIS para apresentar sugestões ao Anteprojeto de Lei de Execução Penal em trâmite no Senado. Membro de grupo de trabalho nomeado pelo TJMG para avaliar a aplicação do Projeto Audiência de Custódia em MG. Ganhador do Prêmio Innovare em 2013.

Com a nova valoração dos direitos e garantias individuais na ordem constitucional de 1988, tornou-se imprescindível que a outrora assistência judiciária aos hipossuficientes assumisse nova roupagem e, mais que isto, fosse erigida à condição de protagonista do sistema de justiça.

Tal atribuição se revela ainda mais substantiva no sistema de justiça criminal, já que lhe cabe demandar a observância ao Estatuto das Liberdades e, assim, assegurar o bem de todos, especialmente daqueles que, por carência de recursos, assumem a condição de maiores vítimas de violações de toda sorte.

Foi nesta esteira que a Defensoria Pública foi elevada à condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional, como expressão e instrumento da democracia, para a defesa, judicial e extrajudicial, gratuita e integral, de direitos individuais e coletivos (art. 134 da Constituição Federal).

Assim, a Defensoria Pública superou a condição de serviço apêndice dos órgãos de representação jurídica do Estado, destinado tão-somente à prestação da assistência judiciária, para assumir o papel de fiscal da democracia no sistema de justiça criminal.

Neste toar de ideais, as atribuições de mera representação judicial dos hipossuficientes da instituição passaram por completa e profunda repaginação na ordem constitucional vigente, que emprestou à Defensoria Pública função primordial ao resguardo dos direitos fundamentais e, destarte, da própria democracia, dos quais a instituição e seus membros são efetivos garantes.

A comprovação da assertiva remonta à constatação de que o constituinte derivado assegurou às Defensorias Públicas autonomia funcional e administrativa, além de iniciativa de sua proposta orçamentária, providências próprias do tratamento constitucional reservado às instituições cuja atuação é atrelada ao próprio regime democrático⁹⁶.

Se a nova formatação da Defensoria Pública, enquanto instituição, é imprescindível ao resguardo da democracia, não há como deixar de reconhecer que a dita atribuição assume relevo ainda mais substantivo no sistema de justiça criminal, onde o direito ambulatorio das parcelas mais desfavorecidas da sociedade é constantemente posto à prova.

O sistema de justiça criminal, conceito construído recentemente para englobar toda a atividade persecutória do Estado, desde o policiamento preventivo até a fase de cumprimento de sanção penal eventualmente imposta, passando pois pelo inquérito policial e pela instrução judicial de ação penal, sintetiza dos mais aflitivos problemas do mundo contemporâneo.

Com efeito, o aumento dos índices de criminalidade violenta; as frequentes denúncias de abusos e desvios nas atividades policiais; os altos índices de encarceramentos provisórios no país; as reiteradas identificações de sentenciados mantidos encarcerados por prazo superior ao previsto na lei; e as péssimas condições do sistema prisional pátrio, caracterizado pela superlotação e todas as deficiências dela decorrentes, são algumas das demonstrações de violações a direitos fundamentais típicas do sistema de justiça criminal brasileiro, o qual se marca ainda por superlativo índice de reincidência, o que desmistifica a proposta de reintegração social do egresso.

⁹⁶ Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o art. 134, §2º, da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação: *“As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2º”*.



Remonta exatamente à frequência das verificações de situações tão emergenciais e severas o caráter aflitivo que a questão prisional assume atualmente na sociedade brasileira.

É justamente em situações desta natureza que se avulta a importância institucional da Defensoria Pública, não apenas como representante em juízo dos economicamente desvalidos, mas como fiel da balança da legalidade, contrabalanceando a prerrogativa de persecução penal do Estado, no legítimo interesse da coletividade, em defesa, em última razão, do próprio sistema democrático.

Tanto assim que o art. 1º da Lei Complementar nº 80, de 1994, designa a Defensoria Pública como *“instituição (...) essencial à função jurisdicional do Estado (...) como expressão e instrumento do regime democrático”*, ao passo que seu art. 3º define nos objetivos da Defensoria Pública *“a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”*.

As premissas do regime democrático, a propósito, exigem justamente a defesa em toda sua extensão enquanto condição legitimante e validante das restrições a direitos subjetivos impostas pelo Estado aos particulares, o que estabelece o corolário de que as instituições encarregadas da defesa gozem de garantia de livre atuação.

Na toada desta releitura da função institucional da Defensoria Pública, enquanto fiel da democracia e da legitimidade do sistema de justiça criminal, se insere a medida de inserção da Defensoria Pública como órgão de execução na Lei de Execuções Penais, por parte da Lei 12.313, de 2010.

De se ver, a propósito, que a justificativa do Projeto de Lei nº 1.090, de 2007, afirmava expressamente que *“a Defensoria Pública deixou de ser incluída no elenco de órgãos da Lei de Execução Penal porque, em 1984, ano de elaboração da LEP, a nobre instituição ainda se mostrava incipiente, não ostentando a pujança e relevância de hoje, deflagrada pelo tratamento constitucional conferido pela Carta de 1988”*, o que denota que as ditas medidas, tanto de conferir nova atribuição constitucional à Defensoria Pública, quanto de lhe assegurar o papel de órgão na Execução Penal, foram suficientemente avaliadas e ponderadas pelo Legislativo.

Nesta esteira, relevante no intuito de instrumentalizar a atribuição da Defensoria Pública de fiscal do regime democrático na Execução Penal a providência da Lei nº 12.313, de 2010, que incluiu o Capítulo IX, ao Título IV, da Lei de Execuções Penais, detalhando o papel da Defensoria Pública de velar pela *“regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva”* (art. 81-A da Lei de Execuções Penais).

Para o dito mister, o mesmo diploma, ao instituir o art. 81-B da Lei de Execuções Penais, legitimou a Defensoria Pública para *“todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo”*, dentre as quais o reconhecimento de lei penal posterior benéfica (*lex mitior*); a declaração de extinção da punibilidade; a unificação, soma, detração e remição de penas; a instauração de incidentes de excesso ou desvio de execução; a aplicação de medida de segurança, ainda que em substituição à pena, e sua revogação, inclusive quanto

à internação; a conversão e suspensão condicional das penas; a progressão de regimes; o livramento condicional; as comutações e indultos; as transferências de presos e de local de cumprimento de penas; a emissão de atestado de penas a cumprir; a interposição de recurso judicial ou administrativo; a representação disciplinar quanto à inobservância de normas referentes à execução penal; a realização de visita periódica aos estabelecimentos penais e o requerimento de interdição de estabelecimento penal, além de quaisquer outras que, conquanto não arroladas expressamente no preceito legal, se encerrem na cláusula geral de medida necessária ao desenvolvimento do processo de execução.

No pormenor se revela, uma vez mais e sem peias, o reflexo do regime democrático na Defensoria Pública, tendo em vista que as ditas atribuições remanescem mesmo quando o agente segregado disponha de defensor constituído, no caso de omissão deste.

Deve ser dito que parte da doutrina chegou a apontar uma suposta desnecessidade da providência legislativa em relação à Defensoria Pública, ao argumento de que a fiscalização da legalidade na Execução Penal já seria exercida pelo Ministério Público, arrolado no rol de órgãos da Execução Penal desde a promulgação da Lei nº 7.210, de 1984.

O argumento não prospera tendo em vista que, de um lado, a medida é fruto da nova formatação constitucional da Defensoria Pública, ao passo que, de outra banda, se constata, sem grande dificuldade, que as atribuições da Defensoria Pública, enquanto órgão da Execução Penal, tangenciam à tutela de interesses individuais dos apenados que, por indisponíveis, merecem resguardo público enquanto decorrência do regime democrático.

Passemos, então, a diminuto detalhamento acerca da atuação da Defensoria Pública nas diversas fases da atuação do sistema de justiça criminal, tão-somente com o propósito de sublinhar que sua atuação se dá, em última análise, no interesse do regime democrático.

Em relação à fase inquisitiva, especialmente nas hipóteses de aprisionamento cautelar, tem-se por essencial a figura da Defensoria Pública, sobretudo ante a identificação da elevada taxa de aprisionamento cautelar que marca a sociedade brasileira. Com efeito, os mais recentes estudos indicam que o índice de encarceramento provisório no Brasil alcança a cifra de 40% da população carcerária, a despeito de algumas variações regionalizadas, destoando, pois, da média dos padrões de aprisionamento cautelar no mundo ocidental.

O mais inusitado, todavia, é que os índices em comento, a par de díspares das médias mundiais, contrariam a expressa prescrição normativa de que a prisão cautelar no Brasil haveria de ser excepcional, aplicável apenas quando absolutamente imprescindível e na ineficácia de outras medidas cautelares a ela alternativas.

Sobre o tema, pontificou o Supremo Tribunal Federal que:

o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte. Logo, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. O instituto da prisão opera como excepcional afastamento da regra da liberdade de locomoção do indivíduo. Donde a necessidade do seu permanente controle por órgão do Poder Judiciário, quer para determiná-la, quer para autorizar a sua continuidade (quando resultante do flagrante delito). Vínculo funcional que se mantém até mesmo em período de “Estado de Defesa”, conforme os expressos dizeres do



art. 136 da Constituição Federal. A regra geral que a Lei Maior consigna é a da liberdade de locomoção. Regra geral que se desprende do altissonante princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e assim duplamente vocalizado pelo art. 5º dela própria, Constituição: a) “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz” (inciso XV); b) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV). Instituto da prisão a comparecer no mesmo corpo normativo da Constituição como explícita medida de exceção, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º). Mais ainda, desse último dispositivo ressaí o duplo caráter excepcional da prisão em flagrante: primeiro, por se contrapor à regra geral da liberdade física ou espacial (liberdade de locomoção, na linguagem da nossa Carta Magna); segundo, por também se contrapor àquela decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Daí a imprescindibilidade de sua interpretação restrita, até porque a flagrância é acontecimento fugaz do mundo do ser. Existe para se esfumar com o máximo de rapidez, de modo a legitimar o cânone interpretativo da distinção entre ela, prisão em flagrante, e a necessidade de sua continuação. O fato de si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhe sejam equiparados não tem a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, jungido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena). A inafiançabilidade da prisão, mesmo em flagrante (inciso XLIII do art. 5º da CF), quer apenas significar que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero pagamento de uma fiança. A prisão em flagrante não pré-exclui o benefício da liberdade provisória, mas, tão-só, a fiança como ferramenta da sua obtenção. A inafiançabilidade de um crime não implica, necessariamente, vedação do benefício à liberdade provisória, mas apenas sua obtenção pelo simples dispêndio de recursos financeiros ou bens materiais. Tudo vai depender da concreta aferição judicial da periculosidade do agente, atento o juiz aos vetores do art. 312 do Código de Processo Penal. Nada obstante a maior severidade da Constituição para com os delitos em causa, não é possível minimizar e muito menos excluir a participação verdadeiramente central do Poder Judiciário em tema de privação da liberdade corporal do indivíduo. A liberdade de locomoção do ser humano é bem jurídico tão superlativamente prestigiado pela Constituição que até mesmo a prisão em flagrante delito há de ser “imediatamente” comunicada ao juiz para decidir tanto sobre a regularidade do respectivo auto quanto a respeito da necessidade da sua prossecução. Para o que disporá das hipóteses de incidência do art. 312 do CPP, nelas embutido o bem jurídico da “Ordem Pública”, um dos explícitos fins dessa tão genuína quanto essencial atividade estatal que atende pelo nome de “Segurança Pública” (art. 144 da CF/88). Forma de visualizar as coisas rimada com os objetivos traçados pela recém editada Lei 12.403/2011, notadamente ao enfatizar o caráter excepcional da prisão cautelar. Lei que estabeleceu diversas medidas alternativas à prisão instrumental. Na concreta situação dos autos, o ato impugnado não contém o conteúdo mínimo da garantia constitucional da fundamentação real das decisões judiciais. Decisão constritiva que simplesmente apontou o óbice à liberdade provisória, contido no art. 44 da Lei 11.343/2006, para restabelecer a prisão cautelar do paciente. O que não tem a força de preencher a finalidade da garantia que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 da Constituição e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa, nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Garantia processual que circunscreve o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e possibilita às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. A garantia da fundamentação importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Pelo que a vedação legal à concessão da liberdade provisória, mesmo em caso de crimes hediondos (ou equiparados), opera uma patente inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Daí entender o Supremo Tribunal Federal que a mera alusão à gravidade do delito ou a expressões

de simples apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar, sendo certo que a proibição abstrata de liberdade provisória.⁹⁷

O confronto da premissa de que a prisão cautelar haveria de assumir caráter excepcional com os elevados índices de aprisionamento cautelar no Brasil ensejou a promulgação da Lei nº 12.403, de 2011, que condiciona o cabimento da custódia cautelar à inviabilidade de medidas alternativas à prisão provisória ao emprestar nova redação ao art. 310 do CPP⁹⁸, o qual não se revelou, até este momento, eficiente na redução do número de presos provisórios do país.

Neste viés de atuação, atinente à participação no ato judicial de apreciação do cabimento e da necessidade da prisão cautelar, o reflexo da democracia na atuação da Defensoria Pública se reveste de nitidez ainda mais evidente, eis que lhe cabe o papel de fiscal da atividade judicante de manutenção ou determinação de custódia cautelar, assegurando então que o exercício do poder estatal esteja revestido de criterioso exame quanto aos requisitos da medida.

Tanto assim, deve ser dito, que o Conselho Nacional de Justiça está implantando, em parceria com os Tribunais de Justiça, o Projeto Audiências de Custódia por considerar que tão melhor será o exame judicial do encarceramento provisório quanto mais próximo estiverem o juiz e os demais sujeitos do processo em relação ao acusado no momento de sua realização, o que lhe permitiria conhecer mais detidamente as particularidades e circunstâncias do fato e de seu suposto autor.

Neste pormenor, fundamental a participação da Defensoria Pública enquanto agente do contraditório, propondo e produzindo prova, além de apresentando argumentação, atinente ao cabimento e à necessidade da custódia cautelar, o que reafirma sua essencialidade à jurisdição e reforça seu papel de guardião da democracia.

Não há como negar, todavia, que a participação da Defensoria Pública neste momento processual será tanto melhor quanto se assegure a seus membros a prerrogativa de manter contato prévio e se entrevistar reservadamente com seu assistido, particularidade essencial à validade da defesa.

Em outro momento processual, já na fase de instrução, caberá à Defensoria Pública a condição de fiscal da regularidade do sistema acusatório, reforçando a postura de imparcialidade do magistrado na colheita da prova, sem prejuízo de sua eventual intervenção calcada nos poderes instrutórios que, conquanto restritos, estão assegurados por analogia do art. 130 do CPC⁹⁹, aplicável supletivamente, e pelo art. 156 do CPP¹⁰⁰.

⁹⁷ (STF, HC 110844, Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 19-06-2012).

⁹⁸ Art.310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I- relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

⁹⁹ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹⁰⁰ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.



Ademais, a participação da Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional, assume relevante papel, ainda na fase instrutória, no tocante à informação e ao convencimento acerca das circunstâncias judiciais atinentes à fixação da pena¹⁰¹, eis que estas terão reflexo imediato na condição do acusado e, assim, em seu eventual encarceramento no caso de condenação.

Com efeito, a atuação em juízo em resguardo ao contraditório e à ampla defesa estará sempre lastreada nas prerrogativas de participação e influência na formação da convicção judicante, indicando e produzindo provas e manifestando-se, em todas as fases, no propósito de emprestar roupagem jurídica adequada aos fatos e à defesa pessoal do assistido.

Noutro plano, no que toca à fase de cumprimento da pena, pertinente acentuar que a postura da Defensoria Pública, no resguardo da democracia, reside em diligenciar a observância dos prazos necessários à concessão de benefícios prisionais, a fim de evitar a ilegalidade decorrente do retardo, bem como fiscalizar as condições adequadas de cumprimento da pena, para assegurar a observância, ao menos, das Regras Mínimas para Tratamento de Pessoas Privadas de Liberdade da Organização das Nações Unidas.

O propósito do presente, então, foi acentuar que, para muito além do que pensam alguns, a faceta que a Constituição Federal de 1988, enquanto regra estruturante do sistema normativo emprestou à Defensoria Pública é muito mais ampla do que a representação judicial do hipossuficiente, eis que esta atribuição reveste-se, na verdade, de mero instrumento à função mais nobre e, sobretudo, muito mais relevante, de guardião da observância ao regime democrático na sua concretização em cada relação processual instaurada em juízo.

Referências

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

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2.ed., Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed., Brasília: UNB, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria Pública**. 2.ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 5.ed., Rio de Janeiro: 2010.

¹⁰¹ Art. 59 do CP. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 2.ed., Salvador: JusPodium, 2012.

MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri (org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. v. 1., Salvador: JusPodium, 2013.

____ & REIS, Gustavo Augusto Soares dos (orgs.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. v. 2, Salvador: JusPodium, 2014.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adanauer, 2001.

SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem – reflexões sobre a Lei Complementar nº 132/2009**. Rio de Janeiro:2011.



Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão:

*Analizando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial*¹⁰²

RICARDO DE LINS E HORTA¹⁰³

Quais são os fatores determinantes na decisão judicial? De que forma o desenho institucional pode contribuir para decisões melhores? Essas perguntas, embora integrem o universo das preocupações de diversos teóricos, membros de carreiras jurídicas e gestores públicos, são relativamente pouco tratadas entre nós.

Um tema ainda pouco estudado é como o contexto de tomada de decisão do julgador pode influir na sentença proferida. Diversos estudos recentes, publicados em periódicos científicos de prestígio, investigam os chamados fatores extrajurídicos na tomada de decisão. Alguns deles demonstram que questões totalmente irrelevantes para o caso analisado podem ser decisivas no resultado final. Um olhar interdisciplinar sobre o fenômeno da decisão jurídica permite que se lance uma nova perspectiva sobre problemas que poderiam ser mitigados por meio do desenho do sistema de Justiça brasileiro.

DECIDINDO POR PRINCÍPIOS, OU POR UM LANCE DE DADOS?

Em 2011, pesquisadores das universidades de Columbia, em Nova York, e Ben Gurion, em Israel, decidiram testar empiricamente uma antiga tese do realismo jurídico de que o Direito é o que “os juízes comeram no café da manhã”. O experimento consistia em isolar, em mais de mil decisões de um comitê de livramento condicional, a variável mais relevante para a concessão ou não do benefício. Surpreendentemente, não eram a gravidade do delito,

¹⁰² Artigo originalmente publicado no n.2 da Revista “*Diálogos sobre Justiça*” (maio-agosto de 2014), editada pelo Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça.

¹⁰³ Chefe de Gabinete da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça. Doutorando em Direito (UnB) e Mestre em Neurociências (UFMG). Integrante da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Foi Assessor na Subchefia para Assuntos Jurídicos e na Secretaria-Executiva da Casa Civil da Presidência da República, Secretário-Executivo da Comissão Nacional da Verdade, Assessor no Gabinete Pessoal da Presidência da República e Chefe de Gabinete da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, onde coordenou o Projeto “Pensando o Direito”.

as condições e os antecedentes do réu, gênero ou origem étnica – se árabe ou israelense – a variável estatisticamente mais relevante, mas o momento do dia em que o comitê analisava o pedido do condenado. Quanto mais próximo do início da sessão, maiores as chances de uma decisão favorável; essa tendência caía drasticamente à medida que as horas avançavam. Feita a pausa para o descanso, acompanhado de lanche ou almoço, o comitê novamente tendia a dar decisões benéficas. Para os pesquisadores, o experimento demonstra de forma cabal que a tomada de decisão judicial não está imune a fatores extrajurídicos (DANZIGER et al., 2011).

Considerado isoladamente, este estudo poderia ser descartado como apenas uma anedota, uma vez que é amplamente admitido pelos juristas que decisões na área penal devem ser guiadas com seriedade por princípios constitucionais e pela legislação. Contudo, suas conclusões inserem-se numa crescente literatura, que vem apontando resultados similares.

Uma sequência de experimentos sobre influências na decisão criminal chegou a resultados semelhantes. Com base no já consolidado paradigma do “efeito da ancoragem” – a tendência de que um padrão aleatoriamente escolhido numa tarefa de comparação influencie as escolhas subsequentes, ainda que não haja conexão direta entre uma coisa e outra –, os pesquisadores fizeram simulações com juízes e promotores, os quais tinham que proferir sentenças em casos de crimes como estupro e furto. No primeiro experimento, um jornalista perguntava, antes que os sujeitos declarassem seu veredicto, à metade deles se aplicaria uma pena alta – três anos – e à outra metade se aplicaria uma pena baixa – um ano – ao réu. No segundo experimento, esse papel era desempenhado por um “promotor”, que pedia uma pena alta à metade deles, e baixa à outra metade. Em ambos os casos, a severidade da sentença foi influenciada pela “sugestão” fornecida por esses números previamente fornecidos. Para testar se os sujeitos tinham consciência de que essas “âncoras” não passavam de indicações aleatórias, sem relação com as circunstâncias do caso, no terceiro experimento eles foram instados a jogar dados, cujo resultado representaria a pena pedida pelo Ministério Público, antes de decidirem a condenação. De maneira impressionante, aqueles que tinham tirado maiores resultados nos dados tendiam a proferir sentenças mais duras, e aqueles que obtinham resultados menores dispensavam penas mais brandas, indicando que mesmo profissionais experientes estão sujeitos a influências irrelevantes (ENGLICH, 2006).

Investigando empiricamente 342 decisões sobre a concessão de fianças na área criminal no Reino Unido, outra equipe de pesquisadores concluiu que, devido ao excesso de informações disponível e à pressão de tempo, juízes tendiam a considerar não todo o conjunto probatório, mas apenas alguns aspectos específicos do caso como critério para manutenção ou não da prisão (DHAMI, 2003).

Insinuar que juízes decidem num determinado sentido porque têm fome, porque estão impelidos pela pressa ou porque foram induzidos por um número aleatório resultante do lance de dados pode parecer inusitado. Ou talvez seja um convite para repensar convicções vigentes.



Os estudos empíricos recentes sugerem que a melhor descrição para o que de fato ocorre durante a tomada de decisão judicial não é nem um processo racional e compreensivo calcado unicamente nos dispositivos dos textos jurídicos, nem um ato de pura vontade baseado exclusivamente nas condições pessoais do julgador, tal como proposto pelo realismo jurídico. Como qualquer pessoa, juízes tomam decisões primordialmente com base nas suas intuições inconscientes, sendo capazes de conscientemente revê-las empregando o raciocínio deliberativo. Além disso, estudiosos propõem que intervenções no ambiente institucional de decisão poderiam induzir melhorias na qualidade das sentenças (GUTHRIE et al., 2007).

Contrariamente ao que pode parecer, esse conjunto de pesquisas não visa a lançar no descrédito a imagem dos magistrados, mas apenas utiliza, no meio jurídico, delineamentos experimentais que já são usados há décadas para estudar a tomada de decisão em seres humanos em geral (KAHNEMAN, 2012; GIGERENZER, 2009). Empregando métodos e enfoques diferentes, os cientistas políticos também vêm contribuindo para refinar a compreensão desse tema.

VIÉS POLÍTIICO-IDEOLÓGICOS NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL: OS ESTUDOS DA CIÊNCIA POLÍTICA

Os cientistas políticos vêm, nas últimas décadas, lançando um olhar próprio sobre o fenômeno, menos preocupados com as questões referentes ao discurso empregado nas sentenças judiciais, e mais interessados em como os juízes, atores sociais, agem estrategicamente, expressando suas preferências político-ideológicas por meio da decisão judicial. No contexto norte-americano, estudos empíricos especificamente voltados para a dinâmica das decisões da Suprema Corte compõem uma volumosa literatura, com diferentes perspectivas. Existem, inclusive, várias bases de dados de decisões dos tribunais, buscando relacionar tendências “liberais” ou “conservadoras” às decisões e aos ministros daquele Tribunal (EPSTEIN et al., 2012, p. 714-715; IDEMET et al., 2013, p.14).

C. Herman Pritchett é considerado o pioneiro dos estudos sobre comportamento judicial, com seu artigo “Divisions of opinion among justices of the U.S. Supreme Court”, publicado em 1941, e com o livro *The Roosevelt Court*, de 1948. Nas décadas seguintes, uma série de estudiosos ajudou a desenvolver a concepção segundo a qual as preferências políticas dos juízes seriam os fatores mais importantes para uma decisão (EPSTEIN; KNIGHT, 2013, p. 13-14).

Em comum, essas abordagens se insurgem contra o chamado “formalismo jurídico” ou “legalismo”, segundo o qual a decisão judicial seria tão somente uma aplicação do texto legal aos fatos, um processo isento de influências extrajurídicas. O legalismo é criticado como um artifício retórico destinado a ocultar os motivos que efetivamente estariam por trás da decisão (POSNER, 2008). Com efeito, modelos explicativos da decisão judicial que desconsideram o papel da ideologia do julgador são tidos, na melhor das hipóteses, como incompletos (EPSTEIN et al., 2012, p. 705).

No contexto do realismo jurídico, já na década de 1920, teóricos sugeriam que a decisão dependeria de motivos de ordem ideológica, e que as palavras contidas na sentença seriam uma mera racionalização *a posteriori* da decisão (vide ROSS, 2007, p. 181-185). Nessa ótica, juízes não seriam tomadores de decisão neutros, mas atores inclinados a realizar objetivos de ordem política por intermédio de suas sentenças. Com base nessa perspectiva, e também em estudos de cientistas políticos, economistas e psicólogos, os chamados “modelos atitudinais” sustentam que os valores e ideologias individuais dos ministros da Suprema Corte são as variáveis relevantes para a decisão (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 86-92).

Logo, porém, notou-se que examinar as inclinações político-ideológicas de juízes, individualmente, gerava modelos incompletos. Em estudo sobre os padrões de decisão de turmas de juízes da segunda instância federal nos Estados Unidos, Cass Sunstein e colegas encontraram dados interessantes. Com base em 6.408 decisões colegiadas e 19.224 votos individuais, suas conclusões demonstraram que a composição das turmas era uma variável altamente significativa no resultado dos acórdãos. Quando as turmas eram compostas por três juízes de mesma afiliação ideológica, observava-se o fenômeno de “polarização do grupo”, o qual tendia a proferir acórdãos com posições mais radicais. Porém, a presença de um único juiz de afiliação política diversa era o suficiente para mitigar as posições dos dois outros. Uma explicação para isso seria a “aversão à divergência”: discordar dos colegas pode ser uma tarefa extenuante, pois exige votos mais longos e melhor fundamentados, além de poder gerar constrangimentos e tensão entre os componentes da turma, que geralmente trabalham juntos durante anos. Sendo assim, juízes, como quaisquer seres humanos, prefeririam conformar-se ao grupo e tenderiam a evitar disputas entre si. A pesquisa também aponta que o resultado de uma ação judicial em áreas como ações afirmativas, licenciamento ambiental, discriminação racial ou de gênero pode variar fortemente de acordo com a composição das turmas, o que é uma forte evidência contra a tese legalista. Esse efeito, porém, não foi verificado em causas referentes a aborto ou pena de morte – os autores concluem que, nesses casos, a polarização ideológica nos Estados Unidos é tamanha que a influência de um juiz sobre o outro seria anulada, uma vez que os magistrados preferem manter sua linha independentemente dos demais (SUNSTEIN et al., 2006).

Com base na teoria da escolha racional e na teoria dos jogos, os chamados “modelos estratégicos” passaram a analisar o cenário da decisão enquanto interação de juízes com outros atores, dentro e fora do Judiciário, num cenário de complexidade institucional. Nessa linha, é analisado o impacto de fatores como a possibilidade de ter a decisão revertida em cortes superiores, a avaliação quanto à possibilidade de ser ou não o voto vencedor numa turma e a eventual retaliação de integrantes de outros poderes no caso de certas decisões que os contrariem. Na ótica estratégica, para ficar em um exemplo, rejeitar a admissibilidade de um recurso poderia ser vantajoso caso o juiz tivesse certeza de que seria derrotado no julgamento do mérito na turma (EPSTEIN; KNIGHT, 2013).

Um dos efeitos mais interessantes, farta e consistentemente encontrados pelos pesquisadores empíricos, é a existência da já citada “aversão à divergência”, que leva o juiz a não divergir da decisão colegiada, mesmo quando dela discorda.



A explicação apontada para esse fenômeno seria, por um lado, que juízes, como quaisquer outros trabalhadores, prefeririam evitar discórdia e atritos com os colegas de trabalho; por outro, devido à “aversão ao esforço”, isto é, o desejo humano, demasiado humano, de reduzir o próprio volume de trabalho. Nesse sentido, o relator do voto da maioria pode não desejar o ônus de redigir um voto extenso e bem fundamentado, exigido num caso não unânime. Da mesma forma, é possível que um juiz, ao saber que será derrotado, ainda que julgue importante consignar sua visão divergente, prefira evitar o desgaste de se insurgir. No caso da Suprema Corte norte-americana, que seleciona os casos que irá julgar, a menor carga de trabalho dos juízes, aliada à maior visibilidade e influência dos seus votos na comunidade jurídica, explicariam uma maior predisposição a divergir¹⁰⁴ (EPSTEIN et al., 2013, p. 256-266).

Nos últimos anos, porém, mesmo os modelos estratégicos foram criticados por serem limitados, deixando de lado outras variáveis relevantes na decisão judicial. Nessas reformulações, fatores como a satisfação por fazer um bom trabalho na posição de juiz, o prestígio, o poder, o tempo livre disponível para atividades acadêmicas ou para o lazer influiriam no resultado de decisões. A perspectiva de promoção para um tribunal superior, por exemplo, poderia constituir forte influência para que um magistrado não divergisse da jurisprudência dominante; assim como o desejo em reduzir o volume de trabalho pode pautar a orientação que ele adotaria para casos difíceis ou repetitivos (EPSTEIN; KNIGHT, 2013; EPSTEIN et al., 2013).

Não é nossa intenção revisar todos os modelos descritivos da atividade judicial.¹⁰⁵ É preciso destacar que os estudos citados referem-se ao contexto norte-americano, num sistema jurídico distinto, em que as divergências político-ideológicas são mais facilmente analisáveis, devido ao bipartidarismo. De todo modo, conclui-se que há uma profusão de evidências de que as teorias da decisão tradicionalmente discutidas, ao ignorarem fatores de ordem político-ideológica, traçam um panorama incompleto. Outra literatura que merece destaque é a que busca explicar como ocorre, no nível psicológico, a tomada de decisão.

O OLHAR DAS CIÊNCIAS COMPORTAMENTAIS SOBRE A DECISÃO

A decisão é um fenômeno complexo e analisado por diferentes enfoques e áreas do conhecimento, que pode ser definida como o curso de ação voltado a atingir um determinado objetivo, com base nas crenças do indivíduo (BARON, 2008, p. 6).

¹⁰⁴ Aqui é importante recordar que o modelo norte-americano de decisão colegiada impõe custos significativamente maiores, tanto aos juízes que redigem o voto da maioria, quanto os que anexam à decisão o voto da divergência. No nosso caso o modelo de racionalidade judicial brasileiro funciona de maneira distinta, uma vez que é praticamente inexistente a noção de um voto “do tribunal”, com uma argumentação racionalmente coerente que unifique os argumentos em debate (vide Rodriguez, 2013).

¹⁰⁵ Para uma exposição mais abrangente do tema, remetemos a Posner, 2008, e Epstein et al., 2013.

Pesquisas mais recentes em Psicologia e Neurociências em geral descrevem a tomada de decisão humana como um conjunto de processos, em sua maioria inconscientes, que compõe dois sistemas distintos, atuando em paralelo. Nenhuma dessas duas formulações é, à primeira vista, inovadora – a ideia de “duas formas de pensar” é antiga na tradição filosófica ocidental (DEHAENE, 2014); a Psicanálise há muito propôs que o inconsciente compõe a maior parte dos processos mentais e que o aparato mental resulta de forças distintas (vide FREUD, 1915; 1923). Porém, atualmente se tem uma compreensão substancialmente mais precisa de como funcionam tais processos, com base em décadas de estudos empíricos.

Herbert Simon, em artigo clássico, propôs o conceito de “racionalidade limitada”, frisando as limitações que uma pessoa encara numa situação real de decisão (1955). Embora destacasse o caráter fragmentário e incompleto do conhecimento disponível e a incapacidade da mente humana de considerar todos os aspectos relevantes no processo de decisão, Simon propôs que é possível obter decisões com maior nível de racionalidade a partir de mudanças no ambiente organizacional no qual o tomador de decisão está inserido (SIMON, 1997, p. 92-117).

Nos anos 1970, a dupla Daniel Kahneman e Amos Tversky realizou uma série de experimentos que demonstraram como o processo de tomada de decisão sistematicamente violava os cânones previstos pela lógica da escolha racional até então vigente, no que ficou conhecido como enfoque das heurísticas e vieses¹⁰⁶ (KAHNEMAN, 2012). Outro programa de pesquisa, o de Gerd Gigerenzer (2009), desenvolveu estudos que enfatizaram os resultados “positivos” que podem ser obtidos ao se guiar a tomada de decisão com heurísticas, sugerindo que seria um equívoco supor que se tratasse de uma forma de “irracionalidade”, e que os atalhos cognitivos podem até ser mais eficientes em certos casos.

Desde então, as literaturas em Psicologia Social e Cognitiva convergiram para as chamadas “teorias do duplo processo”, segundo as quais a cognição humana resulta de dois sistemas: um deles rápido, automático e inconsciente; o outro, devagar, deliberativo e consciente (para uma revisão abrangente, vide EVANS, 2008). Frequentemente, o raciocínio humano não se daria de acordo com os cânones da lógica clássica e das regras da estatística e da probabilidade, pois, num quadro de recursos mentais limitados, o indivíduo tenderia a confiar nas intuições e heurísticas do sistema inconsciente. Sem o controle deliberado do outro sistema, todos estaríamos sujeitos a vieses no raciocínio, como o “viés de confirmação” – a tendência a acolher evidências favoráveis à crença preconcebida, descartando as contrárias, que poderiam refutá-la –, o “viés de retrospecto” –que leva a encarar como óbvia a probabilidade de um evento “após” sua ocorrência, sendo que na verdade ele era imprevisível –, o excesso de confiança nas próprias crenças, que nos leva a saltar para conclusões apressadas com base nas poucas evidências disponíveis. Tal como ilusões de óptica, todos estaríamos sujeitos a “ilusões cognitivas”, sem que tivéssemos plena consciência disso no processo decisório ordinário (KAHNEMAN, 2012; HARDMAN, 2009).

¹⁰⁶ “Heurísticas” são atalhos cognitivos empregados para solucionar problemas no contexto cotidiano, de informação incompleta, tempo e recursos mentais escassos; “vieses”, por sua vez, são desvios sistemáticos em relação a padrões normativos derivados da lógica clássica, das regras da estatística ou da probabilidade. A literatura aponta que todo tomador de decisão, leigo ou especialista, vale-se de heurísticas e está sujeito a vieses (KAHNEMAN, 2012; GIGERENZER, 2009; HARDMAN, 2009; BARON, 2008).



Importante salientar que esses autores concordam, em linhas gerais, que uma compreensão mais acurada da forma como as decisões efetivamente ocorrem permite que se adotem estratégias e se realizem intervenções no contexto decisório para que se chegue a decisões menos enviesadas.

Uma questão que se impõe diante desse conjunto de evidências é: por que seríamos tão convencidos de que nossas decisões são racionais, sempre aduzindo argumentos em favor delas, se de fato existem tantos vieses que influem nas nossas escolhas? Ou, posto de outra forma, se somos tomadores de decisão tão “ruins”, por que seríamos sempre tão convencidos dos motivos de nossas próprias decisões? Uma recente e instigante proposta sugere que, do ponto de vista da evolução da espécie humana, a função do raciocínio não seria, como costumeiramente se afirma, examinar as crenças individuais de forma crítica, de maneira a descartar erros e adquirir conhecimentos mais seguros. Com base em extensa revisão da literatura das ciências cognitivas e sociais, teoriza-se que a função evolutiva do raciocínio seria primordialmente avaliar razões em contextos sociais para argumentar com outras pessoas. Segundo essa proposta, o ser humano não seria capaz de argumentar “porque” pode raciocinar; o raciocínio teria evoluído “para que” se pudesse argumentar perante os demais, justificando as próprias decisões, as quais são, em sua maioria, inconscientes (MERCIER; SPERBER, 2011).

Nos últimos anos, mesmo a questão filosoficamente delicada das decisões com repercussões morais vem sendo objeto de investigação de neurocientistas. Experimentos recentes buscam os substratos neurais e a forma como se dá o processamento de informações no cérebro diante de dilemas morais (GREENE, 2013; MOLL et al., 2008). Os modelos neurocientíficos recentes têm em comum o abandono do modelo tradicional do ator racional, segundo o qual o ser humano seria, na maior parte dos casos, capaz de tomar decisões fundamentadas em proposições de cunho racional-discursivo, desprovidas de vieses, influências de cunho intuitivo ou emocional.

Outro exemplo se dá com as pesquisas comportamentais sobre o preconceito implícito, que demonstraram que mesmo pessoas bem-intencionadas podem inconscientemente adotar atitudes racistas, ainda que não o admitam explicitamente (HARDIN; BANAJI, no prelo; LANE et al., 2007). Ainda quando ausentes na fundamentação da decisão, os estereótipos raciais podem influir, por exemplo, na severidade de sentenças condenatórias (BLAIR et al., 2004). Os elementos sobre a ciência da tomada de decisão podem auxiliar a revelar tais questões, nem sempre discutidas abertamente.

Os estudos empíricos mencionados no início deste artigo, assim, partem de décadas de pesquisas, e buscam testar se decisões judiciais são coerentes com os modelos de racionalidade limitada e as teorias do duplo processo, isto é, se os aplicadores do Direito, devido a limitações diversas no contexto de decisão, levam em conta apenas parte das evidências disponíveis, mediante atalhos cognitivos que podem resultar em vieses. Até o momento, há motivos para se crer que é assim que as coisas funcionam. Esses elementos, portanto, precisam ser levados em conta na reflexão sobre os ambientes de decisão que existem no sistema de Justiça brasileiro.

POR QUE ESSA LITERATURA É ESCASSA NO BRASIL? ALGUMAS HIPÓTESES

Julgamento e Tomada de Decisão (*Judgment and Decision Making*) é considerado um tema essencial em manuais básicos de Psicologia (vide STERNBERG, 2012). Livros específicos sobre o assunto são empregados em nível de graduação em universidades no exterior (vide BARON, 2008; HARDMAN, 2009). Recentes obras coletivas dedicam-se a aplicar ao Direito algumas das conclusões da psicologia da tomada de decisão (GIGERENZER; ENGEL, 2006; KLEIN; MITCHELL, 2010). Embora já existam publicações que enfocam a interdisciplinaridade entre Direito e Neurociências (a exemplo de FERNANDEZ; FERNANDEZ, 2008), trata-se de conhecimento ainda pouco difundido na comunidade jurídica. Quais seriam os motivos?

Pode-se atribuir isso à própria formulação do “problema da decisão”.¹⁰⁷ A decisão judicial é encarada tradicionalmente como a questão da construção do discurso racional-argumentativo que compõe a fundamentação do juízo, ou seja, como um problema da Hermenêutica Jurídica ou das teorias da Argumentação Jurídica. Já as condições da tomada de decisão seriam um problema para a Ciência Política, a Sociologia Jurídica ou a Psicologia Jurídica, não sendo um tema para as discussões dos juristas.

Uma hipótese para isso é que o que os juristas denominam “decisão” não é o mesmo que psicólogos ou cientistas políticos designam pelo termo. Ora, como a Constituição exija sejam fundamentadas todas as decisões (art. 93, IX), a maioria das teorias que orientam o debate da dogmática jurídica assumem que as razões aduzidas publicamente pelo magistrado compõem o que há para ser criticado na decisão.¹⁰⁸ Ora, reconhecer a autonomia do sistema jurídico em relação aos fatores extrajurídicos – uma vez que a argumentação jurídica sempre precisa parecer razoável e racional na esfera pública, estando sujeita ao controle social e jurisdicional (BARROSO, 2013, p.445) – não elide a relevância desses fatores. O ato decisório não se circunscreve à sua justificação pública.¹⁰⁹ E, mesmo que seja inviável “acessar a mente” do julgador, é possível, com base nos conhecimentos sobre raciocínio e tomada de decisão, compreender como determinados contextos podem induzir determinadas formas de decisão.

Outro fator para os estudos empíricos da decisão serem ignorados pode ser tributário da “noção de que o juiz está dando ao caso a solução racionalmente extraída do sistema, a partir de um argumento silogístico que concatena, de forma técnica e não política, os conceitos desenvolvidos pela ciência do Direito” (COSTA, 2008, p. 161). Nesse sentido, no discurso prático dos tribunais, noções jurídicas tais como a discricionariedade, o livre convencimento motivado e o caráter “técnico” de votos e sentenças parecem resumir o que se precisa saber e dizer sobre a decisão judicial.

¹⁰⁷ Tércio Sampaio Ferraz Jr. chegou a afirmar que “uma teoria da decisão jurídica ainda está para ser feita”, sendo a decisão fenômeno “quase sempre analisado parcialmente, disperso nos quadros da dogmática jurídica” (2012, p. 88).

¹⁰⁸ “Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajurídicos. Dentre eles incluem-se os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política e institucional. Por longo tempo, a teoria do Direito procurou negar esse fato, a despeito de muitas evidências” (BARROSO, 2013, p. 430).

¹⁰⁹ “A teoria da argumentação jurídica de nossos dias ocupa-se, quase exclusivamente, do discurso justificativo dos juízes, isto é, das razões que oferecem como fundamento – motivação – de suas decisões (o contexto da justificação das decisões), e não da descrição e explicação dos processos de tomada de decisão (o contexto da descoberta), que exigiriam levar em conta fatores do tipo econômico, psicológico, ideológico etc.” (ATIENZA, 2010, p. 119).



Uma terceira hipótese pode partir da maneira como usualmente se faz pesquisa jurídica no Brasil. Para Marcos Nobre (2004), a forma-padrão de argumentação da pesquisa jurídica ainda é o “modelo do parecer”,¹¹⁰ avesso à utilização de métodos empíricos. Outros autores, examinando a dificuldade em se formar pesquisadores na área jurídica que adotem metodologias empíricas, apontam para: a baixa institucionalização da pesquisa nos cursos de Direito, que seria palco de uma perniciosa dicotomia entre formação profissional e produção científica (FRAGALE; VERONESE, 2004); para um quadro de muitas carências na formação metodológica dos juristas (OLIVEIRA, 2004); e para o fato de que a pesquisa empírica ainda tem origem em outras áreas externas ao Direito, como antropologia e sociologia (GERALDO et al. 2010).

Esse cenário parece estar mudando nos últimos anos, especialmente após o advento da Reforma do Judiciário, com a disseminação de meios de financiamento e oportunidades de debate e publicação de pesquisas empíricas e aplicadas no âmbito da comunidade jurídico-acadêmica, a exemplo da criação, em 2006, do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça (art. 5º da Lei nº 11.364), do Projeto Pensando o Direito, conduzido desde 2007 pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/>); da criação da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (Reed), fundada em 2011, apoiada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea - <http://reedpesquisa.org/>); e da criação, em 2013, do Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça (Cejus) da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça.

CONCLUSÕES

Compreender como as pessoas efetivamente decidem e como o ambiente em que se inserem pode levar a decisões mais ou menos enviesadas pode trazer elementos importantes para a discussão das organizações jurídicas. O avanço das ciências comportamentais convida a rever concepções arraigadas sobre a racionalidade da decisão humana e questiona modelos aceitos sobre como agimos em situações que envolvem escolhas de cunho moral, como é o caso do Direito (HAIDT, 2012). Diversos pesquisadores do comportamento humano sugerem que as teorias do duplo processo permitem que se compreenda e se desenhe instituições de forma mais efetiva (vide ENGEL; SINGER, 2008).

No debate contemporâneo sobre a decisão, é comum encontrar autores que instam os julgadores brasileiros a se apropriarem da tradição filosófica e hermenêutica como forma de tomarem melhores decisões (a exemplo de STRECK, 2013).

¹¹⁰ “O parecer recolhe o material jurisprudencial e doutrinário e os devidos títulos legais unicamente em função da tese a ser defendida: não recolhe todo o material disponível, mas tão só a porção dele que vem ao encontro da tese a ser defendida. O parecer não procura, no conjunto do material disponível, um padrão de racionalidade e inteligibilidade para, só então, formular uma tese explicativa, o que seria talvez o padrão e o objetivo de uma investigação acadêmica no âmbito do Direito. Dessa forma, no caso paradigmático e modelar do parecer, a resposta vem de antemão: está posta previamente à investigação” (NOBRE, 2004, p. 11). No mesmo sentido, Oliveira, 2004, p. 4-5. Essa maneira de descrever a forma como juristas geralmente (não) entendem o que é metodologia de pesquisa, confundindo-a com o trabalho de advogados, já havia sido exposta em Epstein & King, 2002, p. 9-10.

Os estudos aqui revisados apontam, porém, que essa proposta pode contribuir para argumentações mais elaboradas na fundamentação de sentenças, mas não enfrenta questões importantes do problema da decisão judicial numa perspectiva mais ampla.

Nesse sentido, Cass Sunstein sustenta que teorias interpretativas, tais como as de Hart e Dworkin, seriam incompletas por padecerem da ausência de reflexão sobre o Poder Judiciário enquanto instituição. Trata-se de um chamado para que juristas prestem atenção em questões institucionais e em como elas influem na identidade e capacidade dos intérpretes (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003). Com base nisso, o autor defende explicitamente a adoção de políticas públicas que, por meio de intervenções pontuais na “arquitetura das escolhas”, induzam indivíduos a tomar “melhores” decisões, sem cercear sua liberdade (THALER; SUNSTEIN, 2008).

Sendo assim, questões referentes ao desenho institucional, tais como a adequação de ritos processuais, a forma de apresentação e apreciação de provas, o tempo disponível para decisão, as formas de dividir e gerenciar os trabalhos dos assessores e servidores dos gabinetes, o volume de trabalho dos julgadores, os procedimentos adotados na condução de audiências e a forma como se dá a composição de turmas e a deliberação em colegiados podem ser enriquecidas por esse enfoque. Destaque-se, porém, que a literatura aqui revisada é apenas um ponto de partida. É essencial que se estimulem pesquisas empíricas na realidade do sistema de Justiça brasileiro, levando em conta suas peculiaridades e desafios.

Referências

- ATIENZA, Manuel. O Direito como argumentação. **Revista Jurídica – Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**, n. 4, maio / 2010, p. 117-158.
- BARON, Jonathan. **Thinking and deciding**. 4.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BLAIR, Irene V.; JUDD, Charles M.; CHAPLEAU, Kristine M. The influence of afrocentricfacial features in criminal sentencing. **Psychological Science**, v. 15, n. 10, p. 674-679.
- COSTA, Alexandre A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese (Doutorado em Direito). Brasília: Universidade de Brasília, 2008.
- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 108, n. 17, 2011, p. 6889-6892.
- DEHAENE, Stanislas. **Consciousness and the Brain – Deciphering how the brain codes our thoughts**. New York: Viking, 2014.
- DHAMI, Mandeep K. Psychological models of professional decision making. **Psychological Science**, v. 14, n. 2, 2003, p. 175-180.
- ENGEL, Christoph; SINGER, Wolf (eds.) **Better Than Conscious? Decision making, the human mind, and implications for institutions**. Cambridge: The MIT Press, 2008.



ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, v. 32, n. 188, 2006, p. 188-200.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The rules of inference. **The University of Chicago Law Review**. 69 (1), 2002, p. 1-133.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Reconsidering judicial preferences. **Annual Review of Political Science**, v. 16, 2013, p.11-31.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M.; SEGAL, Jeffrey A. Ideology and the study of judicial behavior. In: HANSON, Jon; JOST, John. **Ideology, Psychology and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges – a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

EVANS, Jonathan. Dual-processing accounts of reasoning, judgment and social cognition. **Annual Review of Psychology**, v. 59, 2008, p. 255-278.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, Direito e Neurociência – conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRAGALE, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, 1 (2), 2004, p. 53-70.

FREUD, Sigmund. O inconsciente (1915). In: **Freud (1914-1916) – Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos**. Obras completas, v. 12. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. O Eu e o Id (1923). In: **Freud (1923-1925) – O Eu e o Id, autobiografia e outros textos**. Obras completas, v. 16. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GERALDO, Pedro Barros; FONTAINHA, Fernando; VERONESE, Alexandre. Sociologia empírica do Direito: uma introdução. **Revista Ética e Filosofia Política**, n. 12, v. 2, jul./2010.

GIGERENZER, Gerd; ENGEL, Christoph (eds.). **Heuristics and the law**. Cambridge: The MIT Press, 2006.

GIGERENZER, Gerd. **O poder da intuição**. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.

GREENE, Joshua. **Moral tribes – emotion, reason and the gap between us and them**. New York: The Penguin Press, 2013.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. **Cornell Law Review**, v. 93, 2007, p. 1-44.

HAIDT, Jonathan. Moral psychology and the Law: how intuitions drive reasoning, judgment and the search for evidence. **Alabama Law Review**, v. 64, n. 4, 2012, p. 867-880.

HARDIN, C. D.; BANAJI, Mahzarin R. (no prelo) The nature of implicit prejudice: implications for personal and public policy. In: E. Shafir (Ed.) **The behavioral foundations of policy**.

HARDMAN, David. **Judgment and decision making – psychological perspectives**. West Sussex (UK): BPS Blackwell, 2009.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar – duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KLEIN, David; MITCHELL, Gregory. **The psychology of judicial decision making**. London: Oxford University Press, 2010.

LANE, Kristin A.; KANG, Jerry; BANAJI, Mahzarin R. Implicit social cognition and law. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 3, 2007, p. 427-451.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. Why do humans reason? Arguments for an argumentative theory. **Behavioral and Brain Sciences**, v. 34, 2011, p. 57-111.

MOLL, Jorge; OLIVEIRA-SOUZA, Ricardo; ZAHN, Roland. The neural basis of moral cognition – sentiments, concepts and values. **Annals of the New York Academy of Sciences**, v. 1124, 2008, p. 161-180.

NOBRE, Marcos. O que é pesquisa em Direito? **Cadernos Direito GV**, n. 1, set./2004.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sócio jurídica na Pós-graduação em Direito. In: **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 137-167.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora GV, 2013.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2007.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, 1955, p. 99-118.

SIMON, Herbert A. **Administrative behavior – a study of decision-making processes in administrative organizations**, 4. ed. New York: Free Press, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SUNSTEIN, Cass et al. **Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary**. Washington, D. C.: Brookings Institution Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, 2003, 101, v. 4, p. 885-951.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge – improving decisions about health, wealth and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.



Direito à identidade de gênero: *Alteração de nome e gênero no registro civil*

FLÁVIA MARCELLE TORRES FERREIRA DE MORAIS ¹¹¹

LUIZA BORN MENDANHA ¹¹²

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente a determinação do sexo humano é afirmada com fundamento nos órgãos genitais, mas este método não pode ser considerado exclusivo, pois, na espécie humana, o sexo da pessoa equivale a uma conjugação de fatores biológicos, psicológicos e sociais.

A identificação do indivíduo é feita no momento do nascimento, por meio do critério anatômico, de acordo com o aspecto da genitália externa. O sistema jurídico, cioso de seus mecanismos de controle, estabelece, desde logo, com o nascimento, uma identidade sexual teoricamente imutável e única. No entanto, a aparência externa não é a única circunstância para a atribuição da identidade sexual, pois com o lado externo concorre o elemento psicológico. Assim, o sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa (DIAS, 2010, p. 142).

Dessa forma, o hábito de definir o sexo com fundamento apenas biológico causa problemas, na medida em que diversos indivíduos possuem identidade de gênero diferente daquela presente em seus registros de nascimento. Tal situação controversa gera grande sofrimento psicológico a estas pessoas que veem a sua dignidade e o seu direito constitucional à saúde feridos.

Conforme a Organização Mundial da Saúde – OMS, “saúde é o completo estado de bem-estar físico, psíquico ou social”. A partir daí, a não coincidência da sexualidade com o registro de nascimento provoca desajuste psicológico, não se podendo falar em bem-estar físico, psíquico ou social. Assim, o direito à adequação do registro é uma garantia à saúde, e a negativa de modificação afronta imperativo constitucional, revelando severa violação aos direitos humanos.

¹¹¹ Defensora Pública. Mestre em Direito pela UFMG.

¹¹² Graduanda da Faculdade de Direito da UFMG

Dessa forma, fica claro que o descompasso entre as informações do registro de nascimento e a identidade de gênero de uma pessoa fere o seu direito à saúde. Porém é possível ir ainda mais além e defender que essa situação viola também um direito fundamental à identidade de gênero depreendido da dignidade da pessoa humana.

2 DA POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO

O constrangimento gerado por possuir um documento formal de identificação civil que não coaduna com a identidade de gênero de uma pessoa muitas vezes é causa de violação de vários direitos fundamentais, como de educação, saúde, cultura e lazer.

Isso porque a utilização de um documento que não corresponde à realidade vivenciada pela pessoa, por ser constrangedor, angustiante e conflitante, impõe uma situação de invisibilidade e impossibilita seu direito de viver dignamente e exercer a cidadania.

Dessa forma, a adequação do assento do registro de nascimento pode ser o fim dos constrangimentos e violações gerados por essa situação, proporcionado bem estar, harmonia pessoal e psíquica, equilíbrio individual e social, na medida em que passa a ser respeitado o desejo de cada pessoa de viver e ser aceita na sociedade conforme sua autodeterminação.

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), apesar de não possuir dispositivo específico sobre a retificação de registro em virtude da identidade de gênero, no seu artigo 109, permite a alteração excepcional de assento do registro de nascimento por meio de um procedimento especial de jurisdição voluntária. Portanto, seria legalmente possível, apesar da necessária intervenção do Poder Judiciário, essa modificação do prenome e gênero no registro civil.

2.1 Da alteração do prenome

No que diz respeito à retificação do prenome, como o nome civil é um atributo da personalidade e consiste no direito à identificação, a sua alteração importa em reconhecer à pessoa o direito de se autodeterminar, conforme o sentimento que tem de si mesma, não comprometendo sua interlocução com terceiros no meio social. Além disso, a adequação dos documentos formais de identificação com a realidade vivenciada pela pessoa transforma-se em um passaporte para inserção efetiva na sociedade vivenciando os atos da vida civil como toda pessoa merece.

É indiscutível que o nome das pessoas, enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que é constitutivo do atributo da personalidade.

O artigo 16 do Código Civil proclama que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome” (BRASIL, Lei 10406, 2002). Portanto, o descompasso entre o nome registrado e o pelo qual a pessoa reconhece-se gera duas grandes consequências: a primeira é a violação da finalidade do instituto do nome, que é reconhecer socialmente o indivíduo e, a segunda, é expô-lo constantemente a situação vexatória. Portanto, apesar da



característica da imutabilidade relativa do nome civil, ambas situações fazem nascer, diante da excepcionalidade da situação, a possibilidade de adequar a sua situação fática à jurídica, considerando que o nome é um direito da personalidade.

Assim ensina J. M. Leoni Lopes de Oliveira: *“um direito personalíssimo, essencial à pessoa humana, inalienável e imprescritível, dotado de natureza privada, mas com certas características, e com uma tutela, em parte, de direito público”*. (OLIVEIRA, 199, p. 224)

Com propriedade também expõe Caio Mário:

Elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica, grosso modo, a sua procedência familiar. [...] Não há, pois, razão para que se recuse ao nome o caráter de um direito, e assim dispõe o novo código, ao estabelecer que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. (PEREIRA, 2005 p. 243 e 246)

Estando evidente que a finalidade do nome é o conhecimento e individualização de uma pessoa no meio em que vive, claro torna-se que o desígnio constante dos registros públicos tem que manter relação direta com aquele aceito socialmente. Qualquer contradição entre o nome constante de registro público e o nome pelo qual se identifica alguém em uma comunidade é causa desviadora da finalidade desse instituto personalístico, autorizando sua alteração.

No caso de pessoas famosas e seus apelidos que lhe dão notoriedade, a legislação foi benevolente, pois autoriza a substituição do prenome por apelidos notórios, conforme enunciado do artigo 58 da Lei 6.015/1973, alterado pela Lei 9708/98.

A referida lei, ainda, no seu artigo 55, parágrafo único, permite que os oficiais de registro não registrem prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Tal norma permite que aqueles que possuam nomes capazes de expor ao ridículo invoquem a pretensão de sua alteração judicialmente, com o fim de que haja uma proteção contra a exposição e a ridicularização.

Dessa forma, interpretando a lei de registros públicos e seus dispositivos conforme à Constituição da República de 1988 e, conseqüentemente, aos princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988), da igualdade (art. 5º caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput), e da privacidade (art. 5º, X), e da saúde (art. 196), seria possível e legal a retificação do prenome daquelas pessoas cujo nome de registro não coaduna com a sua identidade de gênero.

Até porque o prenome apresenta grande relevância social, sendo um dos atributos da personalidade humana e não pode estar em total descompasso com seu apelido público e notório e com sua imagem, ferindo seu direito fundamental de identidade de gênero. Depreende-se daí que o nome, servindo para identificar o indivíduo, jamais pode voltar-se contra o mesmo, expondo-o a situações vexatórias.

Portanto, o princípio da inalterabilidade dos registros públicos deve ceder, em tais casos, para que se respeite o fundamento maior da República Federativa do Brasil, a Dignidade Humana, por intermédio de um direito fundamental à identidade de gênero.

2.2 Da alteração do gênero

No que diz respeito à determinação do sexo humano, este, tradicionalmente, é afirmado no momento do registro de nascimento com fundamento nos órgãos genitais. Porém, apesar da praticidade, este método não pode ser considerado exclusivo porque, na espécie humana, o sexo da pessoa equivale a uma conjugação de fatores biológicos, psicológicos e sociais.

A ciência demonstra que o sexo de uma pessoa não tem relação, senão indireta, com seus genitais. Inclusive, para a psicanálise, ser homem ou mulher seria determinação psíquica de cada um.

Dessa forma, o pedido de mudança de designação do gênero no registro de nascimento tem fundamento não apenas na dignidade humana, como também no direito à identidade sexual como um dos aspectos do direito à saúde, tese defendida por Szaniawski para a permissão da alteração no registro, nos termos a seguir descritos:

De um lado, encontramos o fundamento para tal feito, no direito à identidade sexual, como um dos aspectos do direito à saúde, tutelado pelo art. 196 da CF. De outro, os incisos II e III do art. 1º e parag. 2º do art. 5º da Carta Magna, os quais cuidam do livre desenvolvimento da personalidade, da afirmação da dignidade e do exercício de cidadania de todo ser humano, que conduzem a uma releitura dos art. 57 e 58 da Lei 6.015/73. Os citados artigos possibilitam ao Magistrado aplicar a lei ao caso concreto, deferindo ao transexual a pretensão requerida. (SZANIAWSKI, 1998, p. 255)

Nesse sentido, importante mencionar a Carta de Princípios de Yogyakarta – Princípios na Aplicação de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e à Identidade de gênero – cujo 3º princípio prevê:

Todos têm o direito de reconhecimento, em todos os lugares, como pessoa perante a lei. Pessoas de diversas orientações sexuais e identidade de gênero devem desfrutar de suas capacidades civis em todos os aspectos da vida. A auto-percepção quanto à orientação sexual e a identidade de gênero de cada pessoa é parte integrante de sua personalidade e é um dos aspectos mais basilares à auto-determinação, dignidade e liberdade. Ninguém poderá ser obrigado a submeter-se a Procedimentos de médicos, inclusive à cirurgia de redesignação sexual, esterilização ou tratamento hormonal, como um requisito para reconhecimento legal de identidade e gênero. (ICJ, 2007, tradução nossa)

Foi com base nesta Carta de Princípios que Argentina promulgou a Lei 26.743 de 2012 que reconhece formalmente e garante a alteração de registro civil e em órgãos públicos conforme a “identidade de gênero autopercebida”, sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização ou judicialização do procedimento:

Artigo 2º – Definição. O termo identidade de gênero a experiência interna e individual do gênero que cada pessoa sente, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo. Isto pode envolver a alteração da aparência ou função corporal através de farmacológico, cirúrgico ou de outro modo, desde que seja escolhido livremente. Ele também inclui outras expressões de gênero, incluindo o vestido, forma de expressão e de boas maneiras.

Artigo 3º – Exercício. Qualquer pessoa pode solicitar retificação de registro de sexo, e mudar o nome caso este e a imagem não coincidam com sua identidade de gênero auto-percebida. (ARGENTINA, 2012, tradução nossa)



Salienta-se, portanto, que a identidade sexual não deve basear-se unicamente em critérios biológicos aparentes. Isso em virtude da vulnerabilidade desse critério frente a identidade de gênero quando entendida como fruto das relações sociais, como se pode ver no caso a seguir:

Para ilustrar ainda mais a ideia-construção do sexo, considere o caso da atleta Maria Patiño. Patiño tem genitália feminina, sempre considerou-se como do sexo feminino e foi considerado como tal pelos outros. No entanto, descobriu-se que ela tem cromossomos XY e foi impedida de competir em esportes femininos (Fausto-Sterling, 2000b, 1-3). A genitália de Patiño estava em desacordo com os seus cromossomos e os últimos foram levados para determinar seu sexo. Patiño lutou com sucesso para ser reconhecida como uma atleta argumentando que seus cromossomos por si só não foram suficientes para não torná-la feminina. [tradução nossa, grifo nosso]

O caso de Patiño ilustra como o reconhecimento social é preponderante, de modo que a não realização da cirurgia de transgenitalização não pode ser fato utilizado para negativa ao reconhecimento de pertencimento ao gênero autopercebido pela pessoa.

Por fim, e não menos importante, há ainda o posicionamento da Desembargadora Maria Berenice Dias segundo a qual o entendimento de que a definição do sexo da pessoa unicamente por meio da genitália não se coaduna com as necessidades hodiernas, haja vista a designação do sexo ser analisada sob o prisma plurivetorial e não univetorial (DIAS, 2006, p.146).

3 DO RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO

Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo.

A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988, garante a todos os indivíduos o livre desenvolvimento de sua personalidade. Trata-se, em sua essência, do alicerce constitucional que fundamenta e legitima a garantia do exercício pleno de sua identidade de gênero, de sua privacidade, liberdade e felicidade.

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana foi consagrada como valor constitucional supremo, do qual irradia, direta e indiretamente, todos os direitos fundamentais do indivíduo, cujo reconhecimento constitui a manifestação necessária da primazia da dignidade humana, uma das mais destacadas diretrizes hermenêuticas do ordenamento jurídico.

Além disso, o Poder Constituinte impôs aos poderes públicos o dever não só de observar e proteger esse valor supremo, mas também de promover os meios necessários ao alcance das condições mínimas indispensáveis a uma vida digna e ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Nesse sentido, os ensinamentos de Luiz Sanches:

(...) o respeito a essa dignidade é, por conseguinte, a base do Direito e um Estado de Direito significa não só que os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico, senão que este ordenamento jurídico deve realizar o que é adequado para que a pessoa tenha sua plena dignidade e possa desenvolver livremente sua personalidade. (SANCHEZ AGESTA, 1980, p. 77)

Sobre o tema, esclarece Canotilho que, quando a Constituição fala em respeito pela dignidade da pessoa humana, pretendeu o Poder Constituinte:

(...) tornar claro que na dialética ‘processo-homem’ e ‘processo-realidade’ o exercício do poder e as medidas da praxis devem estar conscientes da identidade da pessoa com seus direitos (pessoais, políticos, sociais e econômicos), a sua dimensão existencial e a sua função social. (CANOTILHO, 1982, p.34 e 35)

Ressalta-se, ainda, que a retificação do registro é um desdobramento do direito a não ser discriminado, cujo enfoque constitucional decorre diretamente dos princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade.

Ademais, o direito a não ser discriminado encontra-se intimamente vinculado às bases do Estado Democrático de Direito, cujo paradigma, hodiernamente, traz a noção intrínseca de pluralismo, cujo pressuposto consiste no respeito e na proteção a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade.

Por fim, sobre o direito a não ser discriminado, o posicionamento do Tribunal de Justiça da União Européia, que se amolda perfeitamente na situação em debate. O Tribunal proferiu decisão afirmando que os tratamentos desfavoráveis decorrentes da chamada “identidade de gênero” são hipóteses de discriminação por motivo de sexo. Isto porque, como demonstra a evolução da compreensão jurídica, discriminação por motivo de sexo concretiza-se, nos dias de hoje, não só na proibição de tratamento desfavorável a mulheres, homossexuais e transexuais, como também a todas as hipóteses em que “a forma de um indivíduo se perceber e ser percebido pelos outros como masculino ou feminino (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA, 2006).

4 DO PROJETO DE LEI 5002/2013

Com o fim de tornar o processo de retificação de registro administrativo e efetivar o direito à identidade de gênero, os Deputados Jean Wyllys e Érika Kokay são autores do Projeto de Lei 5002/2013, também conhecido como Lei João W. Nery ou Lei de Identidade de Gênero.

Tal projeto, já em seu artigo primeiro, anuncia como inerente a toda pessoa, o direito ao reconhecimento, livre desenvolvimento e tratamento conforme a sua identidade de gênero. A garantia à alteração do nome pode ser vislumbrada no inciso III do mesmo artigo, que assegura à pessoa o direito de, em seus termos, “*ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do/s prenome/s, da imagem e do sexo com que é registrada neles*”.



Essa garantia se mostra mais clara no artigo terceiro, que dispõe que *“Toda pessoa poderá solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem registradas na documentação pessoal, sempre que não coincidam com a sua identidade de gênero auto-percebida”*. No artigo seguinte, são estabelecidos os requisitos para que se proceda à alteração e, em seu parágrafo único, determina-se a dispensabilidade de intervenção cirúrgica de transexualização (total ou parcial), terapias hormonais, qualquer tipo de tratamento/diagnóstico psicológico/médico ou de autorização judicial para que a alteração do prenome seja efetivada.

Por sua vez, esta dispensabilidade de autorização judicial é reafirmada no artigo sexto, que disciplina que, presentes os requisitos dos dois artigos precedentes, sem necessidade de nenhum trâmite judicial ou administrativo, o/a funcionário/a autorizado do cartório procederá:

I – a registrar no registro civil das pessoas naturais a mudança de sexo e prenome/s;
II – emitir uma nova certidão de nascimento e uma nova carteira de identidade que reflitam a mudança realizada;

III – informar imediatamente os órgãos responsáveis pelos registros públicos para que se realize a atualização de dados eleitorais, de antecedentes criminais e peças judiciais.

§1º Nos novos documentos, fica proibida qualquer referência à presente lei ou à identidade anterior, salvo com autorização por escrito da pessoa trans ou intersexual.

§2º Os trâmites previstos na presente lei serão gratuitos, pessoais, e não será necessária a intermediação de advogados/as ou gestores/as.

§3º Os trâmites de retificação de sexo e prenome/s realizados em virtude da presente lei serão sigilosos. Após a retificação, só poderão ter acesso à certidão de nascimento original aqueles que contarem com autorização escrita do/a titular da mesma.

§4º Não se dará qualquer tipo de publicidade à mudança de sexo e prenome/s, a não ser que isso seja autorizado pelo/a titular dos dados. Não será realizada a publicidade na imprensa que estabelece a Lei 6.015/73 (arts. 56 e 57).

O projeto de lei prevê ainda, no parágrafo primeiro de seu artigo sétimo, que:

da alteração do prenome em cartório prosseguirá, necessariamente, a mudança de prenome e gênero em qualquer outro documento como diplomas, certificados, carteira de identidade, CPF, passaporte, título de eleitor, Carteira Nacional de Habilitação e Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Por fim, a efetivação do respeito à identidade de gênero vem expressa também nos artigos décimo e décimo primeiro. Estes determinam, respectivamente, o respeito à identidade de gênero adotada por aqueles que usem um prenome social, ou seja, distinto daquele que figura na sua carteira de identidade (e ainda não tenham realizado a retificação registral) e o respeito ao direito à identidade de gênero por toda e qualquer norma, regulamentação ou procedimento, não podendo nenhum destes limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício de tal direito. Além disso, o artigo décimo segundo altera o artigo 58º da Lei 6.015/73, o qual passa a ter a seguinte redação: *“O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios”*.

Considerando isso, o Projeto de Lei 5002/2013 visa, portanto, estabelecer mecanismos jurídicos efetivos para o reconhecimento da identidade de gênero. Para tanto, disciplina a retificação de dados registrais, como o sexo, o prenome e a imagem dos documentos pessoais. Entre outros, garante a continuidade jurídica da pessoa, através da manutenção do número da identidade e do CPF e o sigilo do procedimento. Com isso, o projeto que hoje aguarda designação do relator na CDHM¹¹³, representa um importante avanço na concretização da garantia ao direito de identidade de gênero.

Em conclusão, nas palavras que justificam o referido projeto,

As palavras visibilidade e invisibilidade são bastante significativas para a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Pertencer a esta “sopa de letras” que representa a comunidade sexo-diversa (ou a comunidade dos “invertidos”) é transitar, ao longo da vida, entre a invisibilidade e a visibilidade.

[...] Porém, de todas as invisibilidades a que eles e elas parecem condenados, a invisibilidade legal parece ser o ponto de partida.

O imbróglio jurídico sobre as identidades “legal” e “social” das pessoas travestis, transexuais e transgêneros provoca situações absurdas que mostram o tamanho do furo que ainda existe na legislação brasileira. Graças a ele, **há pessoas que vivem sua vida real com um nome — o nome delas, pelo qual são conhecidas e se sentem chamadas, aquele que usam na interação social cotidiana —, mas que carregam consigo um instrumento de identificação legal, uma carteira de identidade, que diz outro nome.** E esse nome aparece também na carteira de motorista, na conta de luz, no diploma da escola ou da universidade, na lista de eleitores, no contrato de aluguel, no cartão de crédito, no prontuário médico. **Um nome que evidentemente é de outro, daquele “ser imaginário” que habita nos papéis, mas que ninguém conhece no mundo real. Quer dizer, há pessoas que não existem nos registros públicos e em alguns documentos e há outras pessoas que só existem nos registros públicos e em alguns documentos. E umas e outras batem de frente no dia-a-dia em diversas situações que criam constrangimento, problemas, negação de direitos fundamentais e uma constante desnecessária humilhação.**

[...] O presente projeto de lei, (...) se aprovado, garantirá finalmente o respeito do direito à identidade de gênero, acabando para sempre com uma gravíssima violação dos direitos humanos que ainda ocorre no Brasil, prejudicando gravemente a vida de milhares de pessoas.

Falamos de pessoas que se sentem, vivem, se comportam e são percebidas pelos outros como homens ou como mulheres, mas cuja identidade de gênero é negada pelo Estado, que reserva para si a exclusiva autoridade de determinar os limites exatos entre a masculinidade e a feminidade e os critérios para decidir quem fica de um lado e quem do outro, como se isso fosse possível. Travestis, transexuais e transgêneros sofrem cada dia o absurdo da lei que lhes nega o direito a ser quem são. E andam pelo mundo com sua identidade oficialmente não reconhecida, como se, das profundezas da história dos nossos antepassados filosóficos gregos, Crátilo voltasse a falar para Hermógenes: “Tu não és Hermógenes, ainda que todo o mundo te chame desse modo”.

[...] A identidade de gênero e o “nome social” das pessoas travestis, transexuais e transgêneros estão sendo reconhecidas, portanto, parcialmente e através de mecanismos de exceção. A dupla identidade está sendo oficializada e o Estado começa a reconhecer que existe uma discordância entre a vida real e os documentos. Esse estado de semi-legalidade das identidades trans cresce a partir de decisões diversas carregadas de boa vontade, espalhadas pelo amplo território do público. São avanços importantes que devem ser reconhecidos, porque facilitaram a vida de milhares de seres humanos esquecidos pela lei, mas, ao mesmo tempo, evidenciam um caos jurídico que deve ser resolvido.

¹¹³ Verificação feita em 07 de novembro de 2014, no site da Câmara dos Deputados. Para conferir o atual andamento: Projetos de Lei e Outras Proposições. Câmara dos Deputados. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315> >.



[...] O que falta, e é para agora, é uma lei federal que dê uma solução definitiva à confusão reinante. É o que muitos países têm feito nos últimos anos. O presente projeto, baseado na lei de identidade de gênero argentina, recolhe a melhor dessas experiências. (grifos nossos)

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é indiscutível a necessidade da alteração de registro civil de nascimento com o fim de adequá-lo à identidade de gênero. Porém, apesar do ordenamento jurídico brasileiro não trazer referência expressa sobre a possibilidade dessa retificação, ele o permite quando autoriza a alteração em casos excepcionais, com a intervenção do Poder Judiciário por intermédio de um procedimento de jurisdição voluntária.

No entanto, é urgente uma legislação no país, como a argentina, que permita essa retificação de forma administrativa e menos burocrática. Isso porque essa necessária intervenção do Poder Judiciário atenta contra o direito a autodeterminação do indivíduo e permite que existam decisões conflitantes no país. Por exemplo, alguns magistrados, equivocadamente, condicionam o deferimento do pedido judicial de retificação à elaboração de um laudo psiquiátrico ou a procedimento cirúrgico transgenitalizador. Esse posicionamento viola a liberdade do indivíduo em escolher se deseja ou não se submeter a tal procedimento cirúrgico arriscado, vez que a não realização da cirurgia o impedirá de ter o seu direito à identidade de gênero e a dignidade humana garantidos.

Assim, deixar a alteração do nome a critério único e exclusivo da discricionariedade do juiz é não reconhecer a necessidade de se garantir o efetivo respeito à identidade de gênero, haja vista ser o nome uma das principais formas de exteriorização desta identidade e a ausência de lei nesse sentido abrir espaço para decisões contrárias à alteração. Considerando isso, um passo importante no sentido de assegurar o respeito à mencionada identidade é o Projeto de Lei 5002/2013, de autoria dos deputados Jean Wyllys e Érika Kokay, também denominado Lei João W. Nery e Lei de Identidade de Gênero.

Referências

ARGENTINA, Ley 26.743/2012: **Identidad de Género**. Disponível em < <http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/tocoginecologia/files/2014/01/Ley-26.743-IDENTIDAD-DE-GENERO.pdf> > Acesso em 07/11/2014.

BRASIL. Código civil, 2002. **Código Civil e Constituição Federal**. 65. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Congresso Nacional. **Projeto de Lei 5002/2013. Lei de Identidade de Gênero**. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=861026562236659E343C516C78B72B76proposicoesWeb1?codteor=1059446&filename=PL+5002/2013 >. Acesso em 07/11/2014.

BRASIL. Lei 6.015/1973, 2002. **Lei de Registros Públicos**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm >. Acesso em 07/11/2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ), Yogyakarta Principles. **Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity**. March 2007. Disponível em < <http://www.refworld.org/docid/48244e602.html> >. Acesso em 07/11/2014.

NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. **Transexualidade e o direito a ser feliz como condição de uma vida digna**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/principal.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9896&revista_caderno=6 >. Acesso em ago 2014.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito Civil – teoria do direito civil. Direito Civil – teoria do direito civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, volume I: Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense

SANCHEZ AGESTA, Luis. **El sistema político de la Constitución española de 1978; ensayo de un sistema**. Madrid: Nacional, 1980.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: Estudo sobre o transexualismo**: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Acórdão do Tribunal no processo C-423/04. 27 de abril de 2006. Disponível em < <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d530bc5993dae4401c924e9c3af79db719.e34KaxiLc3qMb40Rch0Saxu0bN50?text=&docid=56252&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=895739> >. Acesso em 07/11/2014.



O contraditório no novo Código de Processo Civil¹¹⁴

FERNANDO GONZAGA JAYME¹¹⁵

MARCELO VEIGA FRANCO¹¹⁶

Resumo

O presente estudo objetiva discutir se o Novo Código de Processo Civil regulamenta o direito fundamental do contraditório de modo adequado ao Estado Democrático de Direito. Para tanto, o artigo utiliza-se de um conceito de contraditório condizente com os princípios democráticos. Ao final, os resultados obtidos conduzem à conclusão de que, em relação ao contraditório, o Projeto do Novo Código de Processo Civil disciplina de forma adequada a garantia do contraditório.

1 INTRODUÇÃO

No final do mês de setembro de 2009, foi instituída, por meio do Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009, uma Comissão de Juristas, presidida pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. A Comissão concluiu seus trabalhos em junho de 2010 e em dezembro do mesmo ano o Senado Federal aprovava o PL 166/2010, e atualmente encontra-se tramitando na Câmara dos Deputados, sob o registro PLS nº 8.046/2010.^{117 118}

A Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil esclarece que a técnica processual a ser implementada visa a assegurar e efetivar os direitos e valores constitucionais, isto é, destina-se a conferir efetividade às normas de direito material e às garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito “por meio do processo”.

¹¹⁴ Artigo publicado na **Revista de Processo**, v. 227, 2014, p. 221-243.

¹¹⁵ Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Relações Internacionais pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Vice-Diretor e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG.

¹¹⁶ Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procurador do Município de Belo Horizonte/MG. Advogado.

¹¹⁷ Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C3F8C3CC072FAD5E02B4090E9BAF1BF8.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em 03 jan. 2013.

¹¹⁸ Nota do Revisor: No dia 16 de março de 2015, em cerimônia no Palácio do Planalto, foi sancionado o texto do Novo Código de Processo Civil (CPC), aprovado em dezembro pelo Senado (PLS 166/2010), transformando-se na Lei 13.105/15.

Sustenta-se, ainda, na Exposição de Motivos, que o Projeto harmoniza-se com garantia do devido processo legal, consagrada no texto constitucional, principalmente ao codificar os princípios constitucionais do contraditório e do direito à prova. Ademais, consagra o princípio da não surpresa ao estabelecer, de forma expressa, a obrigatoriedade de oitiva prévia das partes, mesmo quando o juiz estiver diante de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício.

Quanto à motivação decisória, o princípio do livre convencimento motivado, enquanto garantia de julgamentos independentes e justos, é prestigiado em correlação com o princípio da segurança jurídica. A legislação projetada, resguardando a independência funcional dos magistrados, assegura-lhes a prerrogativa de alterarem entendimentos jurisprudenciais pretéritos, mediante fundamentação adequada e específica de suas decisões. Trata-se de preservar o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

Estas breves considerações foram feitas apenas com o propósito de demonstrar a amplitude das mudanças preconizadas pela legislação processual cuja aprovação se avizinha, esclarecendo-se, porém, que a pretensão deste trabalho é bem menos ambiciosa.

O objeto de análise delimita-se pelo estudo da garantia do contraditório (e, conseqüentemente, da motivação decisória) no Novo Código de Processo Civil em face da sua adequação ao Estado Democrático de Direito.

O conceito de contraditório adotado neste trabalho considera a tridimensionalidade dos seus elementos constitutivos, sustentando-se ser esta a definição que melhor responde aos anseios de consolidação e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Ao final, objetiva-se avaliar se o princípio do contraditório conforme concretizado no Novo CPC harmoniza-se com a interpretação que lhe conferiu o Supremo Tribunal Federal.

2 O CONTRADITÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 A contribuição da teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes

O conceito de contraditório adequado ao Estado Democrático de Direito, pressupõe a análise das bases lançadas pela teoria do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes. Iguais oportunidades de participação entre os interessados é elemento essencial do processo e imprescindível para assegurar o acesso à ordem jurídica justa e a legitimidade do processo de produção dos atos decisórios.

O jurista italiano Elio Fazzalari foi o primeiro a conceituar o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes. No Brasil, esta teoria foi desenvolvida por Aroldo Plínio Gonçalves.¹¹⁹ De forma sintética, com fundamento na obra dos referidos autores, pode-se afirmar, que o processo é concebido como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica

¹¹⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1.992.



o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119).

Para essa teoria, processo e procedimento, apesar da origem etimológica comum, em razão de valores convencionais da linguagem científica, são conceitos jurídicos inconfundíveis.¹²⁰ Apesar da distinção conceitual, processo e procedimento interrelacionam-se. O procedimento, enquanto estrutura normativa de descrição de condutas e de qualificação de direitos e obrigações, é o gênero do qual o processo é a espécie mais elaborada e complexa, por se qualificar pela exigência do simétrico contraditório entre os interessados ao provimento jurisdicional final (FAZZALARI, 2006, p. 93-94).¹²¹

Pode-se afirmar, assim, que o procedimento é uma sequência de normas e de posições subjetivas,¹²² preparatória do provimento, que é o ato estatal imperativo destinado a produzir efeitos na esfera jurídica de seus destinatários.

A estrutura do procedimento é constituída a partir de uma série de normas, em que cada uma delas regula uma específica “conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série” (FAZZALARI, 2006, p. 113-114).

Desta maneira, os atos processuais, enquanto espécies de ato jurídico, se realizam no curso do procedimento mediante a sujeição às regras que determinam sua aparição e seus efeitos. Cada ato processual deve ajustar-se às normas que presidem sua criação e lhe conferem valor jurídico, pressuposto para que produza efeitos juridicamente válidos. Se isso não ocorre, o ato carecerá de validade e o procedimento estará maculado, pois cada um dos atos jurídicos do *iter* procedimental influi sobre a validade do conjunto, ou seja, cada um se encontra sustentado pelo ato precedente e é, a seu turno, sustentáculo dos demais. A culminância desta sequência de atos é o provimento, que dirime a controvérsia e estabelece a verdade legal, com autoridade de coisa julgada. Se os atos que dão sustentação ao provimento estão afetados por vícios graves, que os priva da eficácia que deveriam ter em condições normais, o provimento não subsistirá. Carecerá do necessário suporte: um processo válido.

¹²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 21. A distinção entre *proceso* e *procedimento* poderia adquirir um caráter de artificialidade, uma vez que, do ponto de vista do uso comum, retratavam “dois sinônimos”. Porém, para a ciência do direito, processo e procedimento “têm significados profundamente diferentes”. Para o autor, o “*procedimento* (de *proceder*) denota não tanto uma *sucessão* (de *suced*) de atos como uma *vinculação* entre atos sucessivos; em outras palavras, enquanto *sucessão* implica uma vinculação puramente temporal (um ato vem após o outro), *procedimento* sugere um vínculo mais íntimo entre vários atos sucessivos”. Já o processo retrata “o conjunto de todos os atos necessários em cada caso para a composição da lide ou para o desenvolvimento do negócio”. Nessa perspectiva, a fim de “distinguir melhor entre processo e procedimento, pode-se pensar no sistema decimal: o procedimento é a dezena; o processo é o número concreto, o qual pode não alcançar a dezena ou mesmo compreender mais de uma”.

¹²¹ No ponto, ressalte-se que também o jurista italiano Enrico Redenti – antes mesmo de Elio Fazzalari, porém de modo incipiente – já trabalhava na renovação do conceito de procedimento, entendendo “o processo como a atividade destinada à formação do provimento jurisdicional”. Para o referido autor, a atividade preparatória do provimento é disciplinada por vários esquemas normativos, propostos para as diversas possibilidades de processos, e que devem tomar o nome de procedimento, entendido como o “módulo legal do fenômeno em abstrato”. (GONÇALVES, 1992, p. 103-104.)

¹²² A expressão *posição subjetiva* (ou posição jurídica subjetiva) contém um significado peculiar e se refere “à posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas”, e com isso não se relaciona “à posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames”. A posição subjetiva, como posição do sujeito em relação à norma, permite “qualificar a conduta como faculdade ou poder, se é valorada como lícita, e como dever, se é valorada como devida”. (GONÇALVES, 1992, p. 106-109.)

Com efeito, todo processo está integrado por atos jurídicos que guardam entre si relação cronológica, lógica e teleológica. Uns são suporte ou pressuposto dos outros e todos se ordenam a um fim supremo e comum: a solução da controvérsia por meio de um provimento (sentença)¹²³. A validade e a eficácia de um ato inserido na estrutura normativa do procedimento dependem, portanto, da regularidade do ato precedente e influem sobre a validade e a eficácia dos atos subsequentes.

O processo, a seu turno, é espécie de procedimento que se distingue e se qualifica pela presença do contraditório realizado em simétrica paridade. O contraditório é essencial à definição do processo¹²⁴, que é, na verdade, o procedimento que se realiza em contraditório.

O contraditório, por sua vez, é conceituado como “a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei” (GONÇALVES, 1992, p.109). A interrelação entre os princípios do contraditório e da igualdade é a grande contribuição de Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves para a ciência jurídica.

Acolhendo esta teoria, reconhece-se o contraditório como a “estrutura dialética do procedimento”, do qual se destacam os elementos seguintes: a) participação dos destinatários dos efeitos do ato final, em simétrica paridade de posições, na fase procedimental preparatória do provimento; b) mútua implicação das atividades dos destinatários - partes - destinadas a obter um provimento conforme seus interesses; c) efetiva capacidade de as atividades realizadas pelas partes influenciarem o autor do provimento final (juiz ou árbitro); d) possibilidade de exercício, por cada interessado ou destinatário dos efeitos do ato final (denominados de contraditores), de um conjunto de escolhas, de reações e de controles; e) existência de controle não só das atividades de cada um dos contraditores, mas também na possibilidade de fiscalização dos resultados da função exercida pelo autor do provimento final (FAZZALARI, 2006, p. 119-120).

O contraditório é, então, a *ratio distinguendi* do processo. Trata-se da “*garantia de participação em simétrica paridade*”, isto é, “*direito de participação das partes na elaboração do provimento em igualdade de oportunidades*” (GONÇALVES, 1992, p. 132 – destaques no original).

O contraditório para realizar-se tem de contar com a participação de, pelo menos, dois sujeitos, as partes do processo, que, em relação ao conflito de interesses, estão em posições processuais contrapostas, porém, simetricamente iguais no que diz respeito ao direito de participação no procedimento. Às partes, destinatárias dos efeitos do provimento, assegura-se o direito de participação na construção do provimento em simétrica paridade de armas.

¹²³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Op. cit. p. 108-109. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107-111.

¹²⁴ A ideia do contraditório como elemento essencial do processo não surgiu apenas com a divulgação da teoria de Elio Fazzalari, nos idos de 1975. Adolf Wach, por exemplo, já em 1865, “realçava a importância do contraditório, ao destacar o caráter dialético do processo, observando que sua finalidade atendia a dois interesses em colisão, o interesse da tutela jurídica afirmada pelo autor e o interesse contraposto sustentado pelo réu”. Também Piero Calamandrei, em 1965, entendia o contraditório “como diálogo permanente entre os envolvidos, [...] força motriz do processo, seu princípio fundamental”. (DIAS, 2010, p. 94-95).



O juiz ou árbitro, autor do provimento, por sua vez, é um terceiro desinteressado no provimento, na medida em que é “estranho aos interesses em contenda, não sendo parte daquela situação” (FAZZALARI, 2006, p. 121-124). Reconhece-se assim que o autor do provimento é sujeito do processo, mas não é parte, porque “ele não participa ‘em contraditório com as partes’, entre ele e as partes não há interesse em disputa” (GONÇALVES, 2012, p. 103).

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório é adotada por ser apta para se extrair o fundamento de legitimidade do exercício do poder jurisdicional.

Nos termos do § único do art. 1º da Constituição da República, o exercício do poder estatal somente se legitima quando exercido por representantes eleitos, ou diretamente, nas hipóteses constitucionalmente previstas. Considerando que os membros do Poder Judiciário não são eleitos, a legitimidade dos provimentos jurisdicionais decorre da participação direta dos destinatários dos efeitos produzidos pela decisão. Esta participação ocorre mediante a garantia do contraditório em que os interessados atuarão em ‘simétrica paridade’ na construção do provimento a que se sujeitarão. Trata-se de exercício da soberania popular na medida em que as partes, sujeitos do contraditório, de forma participativa, interferem decisivamente na construção do provimento, ato de poder estatal, que produzirá efeitos nos patrimônios jurídicos dos partícipes.

Nessa linha de raciocínio, o contraditório é uma garantia constitucional, conforme inc. LV do art. 5º da CR/88, constituindo-se, elemento essencial do processo. Ao compreender o processo como o procedimento que se realiza em contraditório, constata-se a presença dos dois valores essenciais à democracia: igualdade e liberdade. “O contraditório é a garantia de participação em simétrica paridade, das partes, daqueles a que se destinam os efeitos da sentença” (GONÇALVES, 2012, p. 103). Nesta definição, liberdade e igualdade se fazem explicitamente presentes.

O indivíduo tem a liberdade de participar, em igualdade de condições, na construção do provimento que repercutirá no seu patrimônio jurídico. Todavia, se por qualquer razão, optar por não participar do procedimento, sujeitar-se-á aos ônus da sua inércia, por se reconhecer que os seres humanos, livres e iguais, são dotados de razão e consciência, capazes, portanto, de suportar as consequências de seus atos.

A garantia de uma paritária participação das partes na elaboração do provimento faz com que o processo se estruture a partir da igualdade de oportunidades entre os destinatários da decisão judicial, o que torna indissociável o contraditório da ordem jurídica democrática¹²⁵.

Secundando Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, reafirma-se que o processo como procedimento realizado em contraditório confere a necessária legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional.

¹²⁵ Segundo GRINOVER (1985, p. 11-18 – destaques no original), é “comum a observação de que o princípio da igualdade é parte essencial do processo” ou de que “defesa e contraditório são corolários do princípio da igualdade”. Todavia, a igualdade, como essência do contraditório, não pode ser vista apenas como uma isonomia *formal* que exprime a “simples exigência de que os sujeitos possam agir em plano de paridade”; diferentemente, a igualdade deve ser compreendida sob ótica *material*, isto é, “como contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo”, da qual emerge o princípio de *par condicio* (princípio de equilíbrio de situações ou *igualdade de armas*). Sendo assim, a “plenitude e a efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças”.

2.2 O desenvolvimento do conceito de contraditório: dimensões *estática* e *dinâmica*

Inobstante a contribuição da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, o conceito de contraditório, ao longo da vivência democrática, desenvolveu-se e agregou novos conteúdos a partir dos avanços advindos da própria compreensão do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CR/88).

A interpretação constitucional das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais visa a, sempre, conferir-lhes a máxima efetividade. Assim, o princípio do contraditório pode ter o seu conteúdo ampliado de modo a abranger todas as possibilidades que esta garantia representa.

O ordenamento constitucional ao reconhecer o contraditório como *garantia fundamental*, propicia às partes participarem dialeticamente no processo, com iguais oportunidades e com efetiva possibilidade de influenciar no resultados advindo do ato emanado do exercício da atividade jurisdicional. Nesse sentido, a partir das dimensões *estática* e *dinâmica* passa-se ao desenvolvimento de um conceito mais abrangente de contraditório.

2.2.1 A dimensão *estática* (ou *formal*) do contraditório

A dimensão *estática* (ou *formal*) retrata a clássica concepção de contraditório como ciência, informação, comunicação e/ou participação das partes no processo, originária do instituto processual austríaco *Parteiengehör* – o qual é entendido como princípio da *audição* (ou *audiência*) do cidadão interessado (FAZZALARI, 2006, p. 111-113).

O contraditório, na sua dimensão *estática*, expressa o direito das partes ao conhecimento da demanda, mediante citação, intimação e/ou notificação, com a garantia de participação no curso do processo. Com base no brocardo *audiatur et altera pars*, o aspecto formal do contraditório resguarda ao interessado, tão somente, o direito de ouvir e de ser ouvido (*hearings*) (CAPPELLETTI, 1993, p. 77). A garantia de participação na construção da decisão judicial visa a assegurar às partes, colocadas em posição de interessado (autor) e contrainteressado (réu), o “direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo” (CAPPELLETTI, 1982, p. 221 *apud* MARINONI, 2011, p. 320).

Obviamente, não se nega a possibilidade de se instituir o contraditório diferido, quando houver necessidade de se evitar o perecimento do direito. Trata-se de garantir efetiva proteção judicial conforme dispõe a norma constitucional da inafastabilidade da jurisdição ao não admitir que lesão ou ameaça a direito sejam excluídas da apreciação do Poder Judiciário.

A ideia de contraditório *estático* resume-se a possibilitar aos destinatários do provimento a oportunidade de manifestarem-se nos autos e de deduzirem as alegações e as provas que julgarem pertinentes, com a respectiva possibilidade de reação (MARINONI, 2000, p. 336; BEDAQUE, 2002, p. 20). O contraditório, assim entendido, relaciona-se ao direito de defesa, por assegurar “às partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, em juízo, para a tutela de seus direitos e interesses” (GRINOVER, 1985, p. 11).



Com isso, as partes expõem ao juiz os fatos e os fundamentos jurídicos da demanda, de modo que tenham aumentadas as suas chances de êxito no processo, ao mesmo tempo em que colaboram para a melhoria da prestação jurisdicional (DINAMARCO, 1987, p. 94).

Todavia, com base na teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes, a dimensão estática do contraditório ultrapassa a sua definição como mero direito das partes ao conhecimento da demanda e à participação no processo. Diante da necessidade de tutela do princípio da isonomia, a participação das partes no processo deve ser qualificada com a nota da igualdade de oportunidades.

Como expressão do princípio constitucional da isonomia, a participação das partes no processo há de ser concretizada em paridade de posições. O contraditório faz com que os litigantes, “em posição de igualdade, disponham das mesmas oportunidades de alegar e provar o quanto estimarem conveniente com vistas ao reconhecimento judicial de suas teses” (LLORENTE, 1995, p. 266 – tradução nossa).

Trata-se, assim, da função do contraditório como garantia de uma “simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura” (FAZZALARI, 1958, p. 869 *apud* THEODORO JUNIOR, 2010, p. 65). A essência do contraditório estático é, pois, a igualdade de oportunidades entre os destinatários dos efeitos do provimento final; não é o simples argumento e contra-argumento, mas, sim, o dizer e o contradizer deduzidos em paritária posição de chances entre os interessados (GONÇALVES, 1992, p. 119-128; OLIVEIRA, 2003, p. 113-114).

Aliás, além da igualdade, também a liberdade, outro sustentáculo da democracia, é resguardada quando são conferidas às partes iguais oportunidades de participação no processo. A liberdade, manifestada por meio do direito de participação, significa que cabe às partes a valoração a respeito da conveniência e da oportunidade do exercício do contraditório.

Sendo o contraditório o direito à ciência, ao conhecimento e à informação da demanda, aparece como correlato necessário o direito à liberdade de reação, formando o que se denomina de bilateralidade da audiência. Desta feita, cumpre à parte, de acordo com o seu livre alvedrio e dentro dos parâmetros legais, optar por manifestar-se ou não na contenda jurídica, agindo ou omitindo-se em conformidade com a conveniência e a oportunidade de sua ampla defesa. A liberdade, logo, consiste na possibilidade de autodeterminação do modo e da intensidade de que se valerão as partes na atividade preparatória do provimento final.

2.2.2 A dimensão *dinâmica* (ou *material*) do contraditório

Combinada com a perspectiva estática, a dimensão dinâmica (ou material) do contraditório revela a prerrogativa de influência (ou possibilidade de influência ou direito de influir)¹²⁶ e a prerrogativa de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial.

¹²⁶ MARINONI, 2000, p. 336; NUNES, 2011, p. 226.

Trata-se da conjugação dos direitos das partes ao conhecimento e à participação no processo em simétrica paridade (dimensão estática), com a possibilidade de interferência e de fiscalização dos resultados advindos do exercício da função jurisdicional (dimensão dinâmica).

Destarte, às partes é conferida a prerrogativa de interferir no conteúdo da decisão judicial por meio da apresentação de provas e argumentos no bojo da instrução probatória. Ao julgador não é permitido desconsiderar a atividade dos destinatários do provimento, ao contrário, tem ele o dever de “assegurar às partes o debate sobre os elementos capazes de influir no convencimento que sustentará a decisão” (GONÇALVES, 2012, p. 106, nota 33). A decisão judicial é, portanto, o resultado do convencimento racional fundamentadamente construído por um juízo natural, com base em argumentos e provas aventados pelos interessados em simétrico contraditório.

A dimensão dinâmica do contraditório reflete, assim, a prerrogativa de simétrica influência dos interessados na construção do conteúdo da decisão judicial, em sintonia com o dever imposto ao juiz, como terceiro imparcial, de assegurar às partes iguais oportunidades de interferência nos resultados da atividade jurisdicional – inclusive quanto às questões apreciáveis de ofício. O contraditório material atribui, aos interessados, “possibilidades de participação preventiva” em relação aos aspectos fáticos e jurídicos discutidos no processo, o que leva à seguinte equação: “defesa = contraditório = participação = audiência preventiva” (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 157).

De mais a mais, a perspectiva material do contraditório é realizada por meio do *controle* da fundamentação das decisões judiciais por parte dos destinatários do provimento, de forma a impor “uma efetiva comparticipação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões” e, ao juiz, o dever de atuar como “incentivador do aspecto dialógico do procedimento” (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 70-71).

Visto desta forma, o contraditório dinâmico representa limite à função jurisdicional, na medida em que possibilita a fiscalização da atividade jurisdicional ao vedar sejam proferidas decisões-surpresa, isto é, provimentos jurisdicionais proferidos baseados em alegações e provas que não foram dialeticamente discutidas nos autos. Essa é a ideia de um “contraditório efetivo e equilibrado”,¹²⁷ o qual, a partir da necessidade de debate de todas as questões suscitadas nos autos, impede que o juiz, “em ‘solitária onipotência’, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes” (THEODORO JUNIOR; NUNES, 2009, p. 125).

Assim sendo, o conceito de contraditório transcende a sua função apenas como ciência ou conhecimento da demanda (informação), para alcançar a sua definição também como prerrogativa de influência no conteúdo do provimento jurisdicional. O contraditório conjuga os direitos à informação e à participação das partes, as quais, em igualdade de oportunidades, possuem a prerrogativa de interferência e de controle na construção do conteúdo da decisão judicial.

¹²⁷ O contraditório *efetivo e equilibrado*, idealizado por Antônio Celso Camargo Ferraz e citado por Cândido Rangel Dinamarco, busca conjugar a necessidade da garantia formal do contraditório com uma garantia efetiva, substancial, de participação. Nessa perspectiva, o *equilíbrio* traduz a ideia da “igualdade das partes na participação”, enquanto a *efetividade* significa a “real participação das pessoas no processo” (DINAMARCO, 1987, p. 95-99).



2.3 O processo participativo e a motivação decisória como elemento do contraditório: passo final para a construção de um conceito adequado ao Estado Democrático de Direito

O contraditório, como ressaltado, garante o paritário diálogo entre as partes, não apenas como um simples dizer ou contradizer sob uma “ótica mecânica de contraposição de teses” (THEODORO JUNIOR; NUNES, 2012, p. 284), mas, também, retrata a garantia de debate em simétricas posições e em igualdade de oportunidades, com a efetiva prerrogativa de influência no conteúdo do provimento dialeticamente construído (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 64-71).

Contudo, além das dimensões estática e dinâmica, a compreensão do contraditório, para que seja completamente adequada ao Estado Democrático de Direito, requer além de sua consideração em uma perspectiva participativa do processo, a inserção da motivação decisória como um de seus elementos conceituais.

Com efeito, o processo, no Estado Democrático de Direito, deve ser gerido por todos os sujeitos processuais, uma vez que a decisão judicial é o resultado da participação isonômica, dialética e influente das partes na construção do provimento. Nessa perspectiva, a direção do processo é compartilhada igualmente entre as partes e o juiz, os quais cooperam com a gestão da atividade processual (policentrismo processual). Ao agregar a cooperação processual objetiva-se “transformar o processo em uma ‘comunidade de trabalho’” (NUNES, 2011, p. 212-215), na qual o magistrado assume a posição de interlocutor que dialoga com as partes (DIDIER JR., 2005, p. 75-79).

Assim, o juiz não elabora solitariamente o provimento jurisdicional. A decisão judicial pressupõe a prévia participação dos seus destinatários, mediante uma comunicação dialógica, isonômica e permanente entre o juiz e as partes (OLIVEIRA, 2003, p. 113-115).

Nessa trilha, cabe ao juiz desenvolver um “diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas” (GRECO, 2005, p. 544-546). A participação isonômica, coordenada, direta e influente das partes, em cooperação com o magistrado, possibilita que a motivação decisória seja construída por meio de uma comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais, o que é denominado pela doutrina anglo-americana de *fair hearing*.

Reconhece-se, assim, o modelo participativo de processo, baseado na cooperação e no policentrismo processual como instrumento essencial para a concretização e realização dos direitos no Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, o exercício da função jurisdicional legitima-se pela participação cooperativa entre as partes. O trabalho conjunto entre as partes e o magistrado é imprescindível para que as garantias constitucionais da jurisdição sejam concretizadas. GRINOVER (1985, p. 8) aduz que:

Desse modo, as garantias constitucionais do *devido processo legal* convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatária, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz.

A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente (destaque no original).

Esse entendimento nos permite concluir que a motivação decisória é elemento do contraditório. Mais do que informação e participação no processo (dimensão formal), o contraditório, a partir de sua dimensão material, retrata o direito de a parte ter todos os seus argumentos considerados e respondidos pelo julgador, por ocasião da prolação do provimento elaborado a partir de um *iter* procedimental que possibilitou a participação das partes. Por seu turno, aos magistrados incumbe garantir o contraditório, de modo a assegurar que as alegações e as provas produzidas pelos interessados serão efetivamente examinadas pelo órgão jurisdicional.

Em suporte à tese aqui sustentada, menciona-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao acolher o voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268/MG:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969*. T. V, p. 234). [...]. Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE 70, 288-293*; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Cristoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 97).



É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – *BverfGE* 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 97).¹²⁸

Nessa ordem de ideias, à noção de contraditório agrega-se o direito de as partes terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, lícitamente produzidos como meio de influenciar o convencimento do órgão jurisdicional. Por sua vez, o magistrado deve responder a todas as alegações e provas deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento.

Por esse motivo, não há como concordar com o entendimento jurisprudencial consolidado segundo o qual “não está o juiz obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem; o importante é que indique o fundamento de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir”.¹²⁹ Ora, se o contraditório outorga às partes o direito de ver as suas alegações e provas analisadas pelo órgão julgador, inexistem razões que possam permitir que a decisão jurisdicional seja (supostamente) fundamentada com explícito desprezo da colaboração dos seus próprios destinatários.

A rigor, o contraditório e a motivação decisória estabelecem um nexo entre o direito de ação e o dever de o Estado prestar a jurisdição. Isso porque o direito de ação, como “direito subjetivo público dirigido frente ao Estado a fim de que este preste a tutela jurisdicional sobre os direitos e interesses em conflito” (LLOBREGAT, 2008, p. 18 – tradução nossa), outorga às partes a prerrogativa de que sejam devidamente respondidas as suas questões levantadas no processo. Paralelamente, a necessidade de fundamentação racional das decisões judiciais (art. 93, IX, da CRFB) impõe que o órgão julgador decida exclusivamente com base nos elementos trazidos aos autos, como expressão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB).

E assim é que, finalmente, constrói-se o conceito de contraditório adequado ao Estado Democrático de Direito, considerando a sua *tridimensionalidade*.

O contraditório é, assim, integrado pelos seguintes elementos: a) direito das partes à ciência, informação e participação no processo em simétrica paridade (dimensão estática ou formal); b) prerrogativa de influência e de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial (dimensão dinâmica ou material); c) direito das partes a terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, em correlação com o dever do órgão jurisdicional de efetivamente apreciar todas as questões deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento (motivação decisória como elemento do contraditório, a partir de um modelo participativo de processo).

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.268. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ellen Gracie. Relator p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 05/02/2004. Dje 17/09/2004. Trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, destaques no original.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 59.339/PE. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell. Julgamento em 06/03/2012. Dje 09/03/2012.

Na mesma linha é o ensinamento de Luigi Paolo Comoglio, ao dizer que o contraditório garante uma “tríplice ordem de situações subjetivas processuais”, quais sejam: a) “o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso de processo”; b) “o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia”; c) “o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão” (COMOGLIO, 1988, *apud* THEODORO JUNIOR; NUNES, 2012, p. 283).

Portanto, é a partir de seu caráter *tridimensional* que o contraditório é compreendido como o *núcleo do devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CRFB). Como *direito fundamental e matéria constitucional* (art. 5º, LV, da CRFB), o contraditório consiste em garantia *democrática e cívica* do jurisdicionado, a qual exterioriza o princípio constitucional da *soberania popular* (BONAVIDES, 2003, p. 69 e 85-86).

O contraditório, como “projeção processual do princípio político da participação democrática” (GRECO, 2005, p. 212; CALMON DE PASSOS, 1988, p. 95), consiste em garantia fundamental que permite o exercício direto, pelas partes, do soberano poder popular (MARINONI, 1996, p. 18), dentro de um enfoque amplamente democrático de tutela da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Nessa toada, o contraditório constitui o *fundamento de legitimidade* da função jurisdicional.

Portanto, como direito fundamental constitucional que atua como o *fundamento de legitimidade* do exercício da função jurisdicional, o contraditório não só reflete a dignidade das partes na atuação processual (OLIVEIRA, 2003, p. 234), como também é a própria realização da democracia, da cidadania e da soberania popular *no processo*, o que corresponde à própria noção de uma *ordem jurídica justa* (WATANABE, 1988, p. 128-135). A jurisdição, assim, legitima-se pela garantia de efetiva concreção do contraditório (GRINOVER, 1985, p. 9-10), em correlação com a realização dos demais direitos fundamentais, dos princípios constitucionais e dos ideais democráticos de um Estado de Direito (MARINONI, 2006, p. 26-33).

3 A REGULAMENTAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No Código de Processo Civil vigente não há dispositivo legal destinado à regulamentação do exercício do contraditório. O caráter dialético do processo é extraído, basicamente, das normas acerca da petição inicial (arts. 282 a 296) e da resposta do réu em primeiro grau (contestação, exceções e reconvenção – arts. 297 a 318), bem como das disposições que regem a fase recursal (arts. 496 a 565).

Já em relação à motivação decisória, o atual Código de Processo Civil adota, nos arts. 131 e 436, o princípio do *livre convencimento motivado do juiz* (ou princípio da *persuasão racional*).



O princípio do *livre convencimento motivado* contrapõe-se aos *critérios legal e da livre convicção*. Pelo critério legal, o juiz seguiria uma hierarquia formal de provas previamente estipulada. A teoria da *livre convicção*, possibilitaria ao magistrado decidir o caso de acordo com a sua íntima convicção, por considera-lo soberano para apreciar as provas, sem vínculo com as alegações das partes.

A *persuasão racional*, a seu turno, significa que “o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo”, isto é, “embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos” (THEODORO JUNIOR, 2005, p. 459-460). O julgamento, porque é motivado, está vinculado aos fatos, alegações das partes, fundamentos jurídicos e provas constantes do processo. O convencimento judicial, portanto, não é arbitrário, pois racionalmente construído, com fundamento nos elementos argumentativos e probatórios presentes nos autos.

Esta é, em apertada síntese, a atual disciplina legal do contraditório e da motivação decisória no Código de Processo Civil em vigor, chega-se o momento da análise da temática no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Em primeiro lugar, ressalte-se que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil acertadamente ressalta, em seu art. 1º, a influência direta da Constituição nas normas processuais. Neste sentido, consagra-se o entendimento de que “a Constituição contém princípios e normas atinentes ao exercício da jurisdição e, portanto, ao desenvolvimento do processo judicial” (ANDOLINA, 1997, p. 4):

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

O mérito do Projeto, neste caso, é o de explicitar que a compreensão do processo civil pressupõe a compreensão dos princípios e as regras constitucionais. Por via de consequência, os direitos fundamentais ao juiz natural (art. 5º, XXXVII, da CRFB), ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB), à lícita produção probatória (art. 5º, LVI, da CRFB), à fundamentação decisória (art. 93, IX, da CRFB) e ao duplo grau de jurisdição, dentre outros, consistem na base estrutural da processualística e formam o *devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CRFB).

Nessa ordem de ideias, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil é adequado ao consagrar, no seu capítulo I (“Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil”), o direito das partes ao contraditório, inclusive no que se refere às questões apreciáveis *ex officio*:

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 velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Também em outras oportunidades o Anteprojeto se posiciona na defesa legal do contraditório:

Art. 110. [...].

Parágrafo único. As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício.

Art. 260. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

Contudo, não obstante as disposições legais acima transcritas, percebe-se que o Anteprojeto não regulamenta o exercício do contraditório de modo *completamente* apropriado ao Estado Democrático de Direito. É que, da leitura dos referidos artigos, é fácil inferir que o Anteprojeto contempla, *precipualemente*, a dimensão *estática* do contraditório.

A nosso ver, o Novo Código de Processo Civil não pode correr o risco de *já nascer ultrapassado* no que se refere ao desenvolvimento do conceito de contraditório. Os artigos acima citados consagram, apenas, os direitos à *paridade de tratamento*, à *prévia oitiva* e à *oportunidade de manifestação* das partes.

Não há nesses artigos, contudo, a previsão da efetiva influência dos interessados na construção do conteúdo da decisão judicial (dimensão *dinâmica* do contraditório), como também não está assegurado o direito das partes de terem os seus argumentos e provas efetivamente analisados pelo órgão julgador (motivação decisória como *elemento* do contraditório).

Nessa linha de raciocínio, o Anteprojeto, sobretudo em seu capítulo inicial (“Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil”), é apenas *parcialmente* satisfatório no que se refere à disciplina do contraditório, pois se *restringe* a resguardar, unicamente, os direitos das partes à ciência, ao conhecimento, à informação, à manifestação e à participação paritária no processo. O Anteprojeto, no seu capítulo I, está adequado a uma concepção de contraditório limitada a um aspecto *formal* que garanta às partes, somente, o direito de ser ouvidas e de participar em simétricas posições.

Entretanto, o Estado Democrático de Direito requer que se *vá além*. É necessário, além da consagração do caráter estático, que haja a efetiva garantia legal de que os argumentos e as provas deduzidos pelas partes serão fatores de *real influência* no convencimento judicial. Portanto, é com bons olhos que o art. 257 do Anteprojeto, no capítulo relativos às provas, assegura que as partes têm direito de provar fatos e de *influir eficazmente* na livre convicção do juiz:

Art. 257. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.



O que se critica, portanto, é que o Anteprojeto é *tímido* na consagração *expressa* da dimensão *dinâmica* do contraditório. Para que seja resguardada a prerrogativa das partes de efetivo controle do conteúdo da decisão judicial, é preciso, portanto, que o dispositivo legal que trata do emprego das provas (acima citado) tenha vasta abrangência. Para tanto, o art. 257 do Anteprojeto deve ser interpretado e aplicado dentro de uma perspectiva material do contraditório que trate a motivação decisória como um de seus elementos, de modo a que seja outorgada, aos interessados, a ampla e irrestrita prerrogativa de “influir eficazmente na livre convicção do juiz”.

É preciso, outrossim, que o diploma processual civil imponha, no capítulo inicial e em seu art. 107, o *dever* ao órgão julgador de analisar e levar em consideração, efetivamente, os elementos constantes dos autos, com a correlata possibilidade de *fiscalização* da atividade jurisdicional pelas partes e pela sociedade.

Contudo, não obstante o avanço do Anteprojeto em relação ao atual Código de Processo Civil no que se refere ao contraditório e à permissão de emprego das provas para influir eficazmente no convencimento judicial, percebe-se que, especificamente na regulamentação da motivação decisória, há uma involução.

É isso porque algumas disposições legais presentes no Anteprojeto retratam um perigoso apego ao *decisionismo judicial*. Em outras palavras, o Anteprojeto, não obstante disponha sobre a observância do princípio da congruência (art. 110 e 484) nos moldes previstos no atual Código de Processo Civil (arts. 128 e 468),¹³⁰ tende a se pautar pela possibilidade de o juiz decidir sem vinculações e com base na sua íntima valoração das provas. Nesse sentido, transcreve-se trecho da Exposição de Motivos:

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.

Também o art. 259 do Anteprojeto parece se afastar do princípio da *persuasão racional* para uma indesejável inclinação à teoria da *livre convicção*, tendo em vista a supressão da expressão “atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos” prevista no art. 131 do atual Código de Processo Civil:

Art. 259. O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.

Na mesma linha, o inciso V do art. 107 do Anteprojeto confere ao juiz poderes – a nosso ver exacerbados – de adequação das fases e dos atos processuais às especificações do conflito. No ponto, a mera previsão de respeito ao contraditório e à ampla defesa não é bastante, caso não se garanta que as alegações e as provas produzidas nos autos serão efetivamente levadas em consideração por ocasião do julgamento:

¹³⁰ José Garberí Llobregat salienta que, em uma democracia, as partes têm o “direito à obtenção de uma decisão judicial congruente”. (LLOBREGAT, 2008, p. 86 – tradução nossa).

Art. 107. [...].

V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;

Sendo assim, o Anteprojeto possui dispositivos que *colidem* com uma concepção de contraditório que assegura que a decisão judicial é fruto, unicamente, das alegações e provas existentes nos autos. A partir do momento em que há a possibilidade de o juiz decidir “com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma” ou de apreciar ilimitadamente a prova, há o risco de prolação de decisões judiciais que desprezem a atividade dos próprios destinatários da função jurisdicional.

Ademais, o Anteprojeto, nesse ponto, é ainda *paradoxal*. Isso porque, apesar da existência de dispositivos tendentes ao decisionismo judicial, há passagens, por outro lado, que parecem se adequar a um modelo de processo *comparticipativo*. Confira a redação dos arts. 5º e 8º:

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstenendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Portanto, em que pese a previsão da possibilidade de cooperação entre as partes e o juiz na construção da decisão judicial, o Anteprojeto se contradiz ao atribuir ao juiz o poder de decidir conforme a sua própria liberdade.

Ora, o *policentrismo processual* e o *modelo participativo de processo* são, justamente, a antítese do *decisionismo judicial*, pois o provimento jurisdicional, longe de ser o produto da convicção íntima do juiz, é o resultado do convencimento racional e fundamentadamente construído, unicamente, com base nos argumentos e provas aventados pelos interessados em simétrico contraditório.

4 CONCLUSÃO

No presente artigo, propôs-se a definição de um conceito de contraditório que consideramos completamente apropriado aos princípios legitimadores do Estado Democrático de Direito. Ultrapassando o caráter meramente formal – como direito ao conhecimento da demanda e à participação isonômica no processo –, o contraditório, em uma democracia, adquire um viés dinâmico, o qual permite que os interessados cooperem com a gestão processual.

Afinal, o contraditório consubstancia, no Estado Democrático de Direito, um direito fundamental de índole constitucional, o qual atua como fundamento de legitimidade da própria função jurisdicional. Como forma de expressão da cidadania, da democracia e da soberania popular, o contraditório assegura a participação direta, isonômica e



influyente das partes na construção da decisão judicial, além de fixar que a fundamentação decisória deve ser racionalmente construída com base nos argumentos e provas constantes do processo.

Nesse contexto, parece bem-vindo o aperfeiçoamento do atual Código de Processo Civil no que se refere à disciplina legal do contraditório. Contudo, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, entregue em junho de 2010 pela Comissão de Juristas instituída por meio do Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009, não se mostra suficiente para tanto.

Especificamente em relação ao contraditório, é verdade que o referido Anteprojeto evoluiu em comparação com o atual Código de Processo Civil. Todavia, a nosso ver, o Anteprojeto é insuficiente, uma vez que é tímido na consagração expressa da dimensão dinâmica do contraditório, além de omitir-se no que se refere ao dever do órgão judicial de efetivamente se manifestar sobre todas as alegações e provas constantes dos autos.

Já em referência à fundamentação decisória, o Anteprojeto demonstra sérias inconsistências. Apesar de assegurar o princípio da congruência e de se mostrar adepto de um modelo participativo de processo, o Anteprojeto, de forma contraditória e avessa à democracia, tende a se afastar do princípio da persuasão racional, de modo a se aproximar da teoria da livre convicção e do decisionismo judicial.

Portanto, em resumo, este artigo buscou analisar, de forma crítica, os avanços e os retrocessos que possivelmente advirão caso haja a promulgação de um Novo Código de Processo Civil com base no Anteprojeto apresentado em junho de 2010. As sugestões e observações ora apresentadas objetivam, sem esgotar o assunto, que haja um aprimoramento da regulamentação legal do contraditório e da motivação decisória na hipótese de edição de um novo diploma processual civil.

Referências

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 157 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. *In*: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 290.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. *In*: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti in tema di contraddittorio. **Studi in memoria di Salvatore Satta**, Padova: Cedam, 1982. v. 1, p. 221 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 320.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). In: **Enciclopedia giuridica. Roma**, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, vol. 8, p. 6 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 283.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de processo**, São Paulo, ano 30, n. 127, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1958, p. 869 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, jan./jun. 2010. Disponível em <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em 06/01/2013.

_____. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

LLOBREGAT, José Garberí. **El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Barcelona: Bosch, 2008.

LLORENTE, Francisco Rubio. **Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial**. Barcelona: Ariel, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

_____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 852, ano 95, out. 2006.



_____. **Questões do novo Direito Processual Civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 06/01/2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. *In*: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

_____. **Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual**. **Revista de Processo**, n. 168, ano 34, fev. 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.



LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.11

Curador especial da parte ausente: *Natureza jurídica, poderes e atividade processual*

CIRILO AUGUSTO FIUZA SALDANHA DE VARGAS¹³¹

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a figura do curador especial no Direito Processual Civil e, tomando como base sua razão de existência e o papel desempenhado no processo, formular conclusões acerca da sua capacidade de produzir provas em benefício da pessoa ausente. Apesar de sua antiga existência, o curador especial (ou *curador à lide*) ainda simboliza para muitos uma enigmática figura processual. E esse desconhecimento tem ensejado graves violações do contraditório e da ampla defesa, inerentes à atividade instrutória promovida pelo Defensor Público.

Desde a entrada em vigor da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, tornou-se atribuição institucional da Defensoria Pública o exercício da função de curadoria especial, “nos casos previstos em lei”.¹³² A referência é feita a diversas hipóteses estatuídas no Código de Processo Civil que ensejam a participação do Defensor Público como curador especial.

O art. 9º, II, do CPC, estabelece um comando para o juiz, que dará curador especial ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.¹³³ Trata-se de regra protetiva do sujeito incapaz processualmente (e não materialmente),¹³⁴ em posição de fragilidade defensiva ocasionada pela citação ficta.

¹³¹ Defensor Público. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

¹³² A Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, estabelece em seu artigo 4º, XIV, que são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras, “exercer a curadoria especial”, nos casos previstos em lei.

¹³³ Cabe ressaltar que as hipóteses de intervenção do curador especial não são restritas àquelas especificadas no art. 9, II, do CPC. A função institucional de curadoria especial abrange as situações previstas nos arts. 9º, 218, parágrafos 2º e 3º, 1.042, 1.179, 1.182, §1º, todos do Código de Processo Civil. Todavia, não abrange as modalidades de tutela e curatela previstas no ordenamento civil material, Título IV, do Livro IV, do Código Civil, arts. 1.728 a 1.783. Nesse sentido dispõe a Resolução nº 85 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União: “Art. 5º. O exercício da curadoria especial independe da necessidade econômica de seu beneficiário. *Parágrafo único. A função institucional de curadoria especial possui natureza exclusivamente processual e não abrange as modalidades de tutela e curatela previstas no ordenamento civil material*”.

¹³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, p. 229.



Em boa hora, o novo Código de Processo Civil (que entrará em vigor a partir de março de 2016) trouxe disposição mais específica (e técnica) sobre a figura processual, prescrevendo que “*A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei*”. Não se trata de sutileza desprovida de relevância: a norma não deixará mínimo espaço para a nomeação de advogados de confiança do juízo, incumbidos de exercer o múnus da curadoria especial, *existindo órgão de atuação da Defensoria Pública devidamente estruturado na comarca* (situação anômala verificada com frequência, a despeito do caráter auto-explicativo do disposto na Lei Complementar Federal nº 80 e da potencial caracterização de improbidade administrativa).

Apesar da clareza do texto legal e da intenção do legislador, inúmeras vezes em que a Defensoria Pública é intimada para apresentar defesa do réu ausente (*nos referimos aqui, em especial, à pessoa citada por edital ou com hora certa*), a mesma encontra dificuldade para sustentação posterior de sua tese defensiva, porque o órgão de atuação não consegue produzir prova adequada para corroborar sua argumentação. Sistemáticamente os Defensores Públicos, atuando no exercício da curadoria especial, veem negado seu direito à realização da prova pretendida (em regra, prova técnica que demanda a participação de perito judicial), devido a um raciocínio equivocado a respeito da função exercida (e de entraves logísticos os quais o Judiciário parece não conseguir superar).

Há integrantes do Sistema de Justiça Brasileiro que supõem, em detrimento da lei, que a defesa do ausente consiste em ato processual meramente simbólico ou, dizendo em outras palavras, uma verdadeira retórica legislativa se comparada com a defesa da pessoa economicamente hipossuficiente (presente), esta função considerada ‘típica’ da Defensoria Pública. Com base em uma errônea premissa, limitam o alcance do contraditório, ao obstar a produção de prova necessária para confirmação das teses sustentadas na petição de defesa.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO CURADOR ESPECIAL E A AMPLITUDE DOS SEUS PODERES

O curador especial é um *substituto processual da parte ausente*,¹³⁵ que age durante todas as etapas procedimentais e visa assegurar observância dos postulados constitucionais da isonomia, ampla defesa e contraditório. Sobre a natureza jurídica desta figura jurídica há ainda quem entenda constituir *representante processual*¹³⁶ e *patrono sui generis* do réu revel citado por edital.¹³⁷

¹³⁵ “O curador especial, atuando nos termos do art. 9, II, parágrafo único, do CPC, substitui processualmente a parte revel e citada por editais, e assim pode em qualquer tempo arguir, em proveito desta, a prescrição de direitos patrimoniais” (STJ, REsp 9.961/SP, Relator Ministro ATHOS CARNEIRO, Quarta Turma, DJ de 02 de dezembro de 1991). No mesmo sentido, REsp 622366/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 21.06.2005.

¹³⁶ Reputamos imprecisa a qualificação do curador especial como *representante processual* do ausente, por uma razão simples: a Defensoria Pública, quando exerce tal múnus, atua em nome próprio (*com prerrogativas e ônus inerentes à instituição pública autônoma*), em defesa do direito alheio. É difícil sustentar juridicamente que, quando age o curador especial, no processo não se faz presente a Defensoria Pública, mas o próprio ausente.

¹³⁷ “O curador especial age em juízo como patrono sui generis do réu revel citado por edital, podendo pleitear a decretação da prescrição intercorrente” (STJ, AgRg no REsp 710.449/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 29 de agosto de 2005).

Trata-se de exercício da denominada ‘função atípica’ do Defensor Público,¹³⁸ eis que o órgão estatal estaria atuando em prol de uma pessoa juridicamente hipossuficiente e não economicamente desvalida.

O CPC e a Lei Complementar Federal nº 80/94 atribuem ao órgão independente uma função de interesse público consistente na *defesa plena da parte* que não tem ciência da pretensão alheia formulada na demanda. O Estado, portanto, assumiu expressamente, através da regra contida no art. 9º, II, do CPC, a obrigação de tutelar a pessoa passível de ser surpreendida em um processo, com possibilidade de prolatação de sentença sem participação em contraditório.¹³⁹

Neste ponto é pertinente indagar: qual sentido deve ser atribuído à expressão “defesa plena”, anteriormente aludida? Em outras palavras, qual a amplitude da atuação do curador especial de pessoas ausentes? Vejamos.

Se partirmos da percepção *estática/formal* do contraditório, qual seja, a de que tal garantia constitucional corresponde ao simples direito de defesa do réu no processo, a interpretação do termo “defesa plena” tende a ser restritiva. Logo, a atuação do curador especial resumir-se-á a atos processuais estritamente defensivos.

Ora, hoje não é novidade que o princípio do contraditório deve ser interpretado sob a forma *dinâmica*, passando a valer como *garantia de influência* na construção do provimento jurisdicional.¹⁴⁰ E mais, no que concerne à efetividade dos meios processuais colocados à disposição do cidadão, “*necessária seja concebida a expressão tutela jurisdicional como garantia efetiva, constitucionalmente prevista, de proteção eficaz e tempestiva ao direito material*”¹⁴¹.

Nesta perspectiva vanguardista de “defesa plena da parte”, não há como concordar com a tese de que “*Em se tratando de meio de defesa do requerido, o curador não tem poder de ação, sendo vedado a ele o ajuizamento da reconvenção*”,¹⁴² encampada pela jurisprudência e pela doutrina de forma praticamente uníssona.

¹³⁸ Sobre as funções típicas e atípicas do Defensor Público, conferir CARVALHO, Leandro Coelho de. As atribuições da Defensoria Pública sob a ótica do acesso à ordem jurídica justa. **Revista de Processo**, v. 33, p. 216-218.

¹³⁹ “O réu revel, citado por edital ou hora certa, a quem foi nomeado curador especial, faz jus aos benefícios da assistência judiciária, previstos na Lei 1.060/50, por ser considerado necessitado para os fins legais, nos termos da Lei Complementar nº 80/1994. Não é considerado necessitado economicamente, mas necessitado de provimento jurisdicional justo, onde lhe sejam assegurados os direitos à ampla defesa e contraditório, já que, vigora em seu favor a presunção de que não tomou conhecimento da ação” (TJMG, Apelação Cível nº 1.0079.01.002437-4/001, Relator Desembargador Mota e Silva, julgamento em 11.08.2009).

¹⁴⁰ A garantia do contraditório, ensina o professor José Lebre de Freitas, concretiza-se “mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a *defesa*, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a *influência*, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais à luz do código revisto, p. 96-97).

¹⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17.

¹⁴² TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0245.02.004988-9/001, Des. Rel. Dárcio Lopardi Mendes, j. 16.11.2006.



Curador especial não pode praticar atos de disponibilidade do direito material da pessoa substituída (tais como reconhecimento jurídico do pedido e transação). Isso é inegável, por razões óbvias de inexistência de contato pessoal entre o Defensor Público e o beneficiário (circunstancial) do serviço público. Contudo, a nosso ver, tal premissa não pode induzir à conclusão de que a defesa (plena) afasta *a priori* a possibilidade de ajuizar ação (empregamos aqui o termo “ação” em sentido *lato*, englobando o manejo de reconvenção, recursos e ações autônomas de impugnação contra ato judicial), nas hipóteses em que o direito (processual ou material) do ausente é ameaçado.

Aquela que pode ser qualificada como “teoria restritiva dos poderes do curador especial” é envolta em inegável artificialismo, não se sustentando juridicamente. Prova desta afirmação é que o STJ editou há bastante tempo o enunciado de Súmula número 196, segundo o qual “*Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos*”. Sabe-se que os embargos do devedor, que *possuem natureza de ação*, ensejam cognição plena, possibilitando a discussão ampla de qualquer matéria que poderia ser alegada em processo de conhecimento.

Tomemos como exemplo o poder de reconvir do réu no Processo Civil, manejando ação autônoma, passível de ampliar o objeto litigioso do processo. O conteúdo da reconvenção deve abranger a tutela de direito material (a matéria estritamente processual deverá ser tratada na contestação, em sede de preliminar). Então, se ao curador especial cabe, *com base nos elementos contidos nos autos*, atuar da maneira mais proativa possível em defesa dos interesses de quem está afastado circunstancialmente da discussão processual, não se vislumbra óbice jurídico ao ajuizamento de reconvenção pelo curador especial. Dois argumentos ainda podem ser usados para sustentar nossa argumentação: 1) atuando o substituto processual em nome próprio, ele não se submete à vontade da pessoa ausente substituída (independentemente de o direito em debate ser ou não disponível), sob pena de descaracterizar a substituição processual, *transmutando-a (misteriosamente), em representação processual de alguém que nunca compareceu aos autos para manifestar sua vontade*; 2) tratando-se de direitos disponíveis, nada obsta que a pessoa substituída enquanto ausente, ao deixar de sê-lo, opte por renunciar ao seu direito material tutelado nos autos pelo curador especial; 3) em todo caso, a atuação do Defensor Público será voltada para *incrementar direitos* do ausente e não restringi-los, hipótese, conforme antes aduzido, completamente descabida.

O Ministro Athos Gusmão Carneiro, pronunciando-se sobre os poderes do curador especial (no caso concreto *sub judice* Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro), frisou que

o curador ‘ad litem’ representa com plenitude a parte (quer demandante, quer demandada), considerada merecedora de especial tutela jurídica, cabendo-lhe impugnar as decisões judiciais tanto mediante recursos, como utilizando ações autônomas de impugnação, tais como o mandado de segurança contra ato judicial.¹⁴³

¹⁴³ STJ, RMS nº 1.768/RJ, Quarta Turma, Relator Ministro Athos Gusmão Carneiro, julgamento em 22.03.1993. À época do julgamento, o então Subprocurador Geral da República, Dr. João Henrique Serra Azul, frisou em seu parecer que “A legitimidade interventiva (do curador especial) se justifica a fim de *garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório sendo pois a mais ampla possível, estendendo-se a casos como o presente no qual o curador especial utiliza-se de uma ação para efetuar a sua defesa.*”

A polêmica em torno da questão aqui abordada já foi há muito superada em Portugal, por exemplo. Naquele país, em que (ainda) não há Defensoria Pública instalada e a defesa processual de réus ausentes compete ao Ministério Público, há previsão expressa de lei no seguinte sentido (Código de Processo Civil Português, art. 17): *“Representação de incapazes e ausentes pelo Ministério Público - Incumbe ao Ministério Público, em representação de incapazes e ausentes, intentar em juízo quaisquer ações que se mostrem necessárias à tutela dos seus direitos e interesses”*.

Sobre o significado da expressão “intentar em juízo quaisquer ações que se mostrem necessárias à tutela dos seus direitos e interesses”, o Professor José Lebre de Freitas é peremptório: *“Os poderes de representação de incapazes e ausentes pelo Ministério Público não se limitam ao campo de sua defesa, de que trata – e já tratava – o art. 15”*.¹⁴⁴

A Lei Complementar Federal nº 80/94 lança mais reforço às nossas considerações sobre a matéria, ao prescrever:

“Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;”

Vale lembrar que o legislador, em momento algum, desejou promover, através da figura do curador especial, a tutela dos interesses da pessoa carente, pelo simples fato de que, sendo o réu ausente, não é possível mensurar sua capacidade financeira.

Ratificando tal particularidade, o Conselho Superior da Defensoria Pública da União editou, em junho de 2009, a Resolução nº 32, segundo a qual *“o exercício da curadoria especial não depende de considerações sobre a necessidade econômica do seu beneficiário”*.

Enfim, o exercício da curadoria especial constitui atividade pública de defesa compulsória e o Defensor Público deve sempre controverter os fatos narrados na petição inicial, sendo nulo o processo, por cerceamento de defesa, em que o curador especial concorda com a pretensão aduzida contra o réu revel citado fictamente.¹⁴⁵

3 O AFASTAMENTO DO ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA

O art. 302, parágrafo único, do CPC isenta o curador especial do chamado “ônus da impugnação especificada dos fatos”, encargo processual que recai sobre o réu, para que se manifeste “precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial”, sob pena de presunção de veracidade dos pontos não controvertidos.

¹⁴⁴ FREITAS, José Lebre de. *Código de processo civil anotado*, p. 40.

¹⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*, p. 353.



O legislador facultou ao curador especial o oferecimento de uma defesa “genérica” ou por “negativa geral”. Nesse caso admite-se refutar as alegações iniciais em termos superficiais, pela inexistência de contato pessoal do Defensor Público com a parte beneficiária (segundo Marinoni, “*o caráter episódico e precário do contato entre a parte e o seu procurador em juízo*”¹⁴⁶), fato que necessariamente limita as possibilidades de argumentação fática. A finalidade da defesa por “negativa geral” é inequívoca: *controverter os fatos aduzidos na petição inicial e manter para o autor o ônus da prova acerca do que foi alegado*.¹⁴⁷

Contudo, é fundamental compreender que a referida regra contida no art. 302 jamais simbolizou uma autorização legal para descaso do Defensor Público. Queremos dizer que *o ato de defesa do réu revel citado fictamente não pode ser interpretado como intervenção puramente mecânica da Defensoria Pública, visando tão somente o afastamento dos efeitos da revelia*. Muito pelo contrário.

O exercício da curadoria especial do ausente exige do agente público atenção redobrada com a documentação juntada e com a atividade das partes (incluindo a atuação do magistrado), já que a ausência do beneficiário do serviço público não impede que as questões processuais e certas questões de direito material possam ser amplamente analisadas.

Ao curador especial compete fiscalizar, apenas a título exemplificativo, a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, a regularidade da citação, a obediência ao princípio constitucional da motivação das decisões jurisdicionais (matéria processual) e a legalidade de cláusulas contratuais (direito material).

Desta feita, *não existe qualquer fundamento jurídico para subalternizar a defesa prestada pelo curador especial*, criando um tratamento díspar para com o Defensor Público, caso ele atue em prol da pessoa presente ou ausente. A lei processual não faz distinção nesse sentido.

Convém frisar, por último, que não se há falar em apresentação, pelo curador especial, de embargos do devedor por “negativa geral” (anomalia processual vista frequentemente no mundo jurídico). Explicamos: se o objetivo da defesa genérica é controverter os fatos aduzidos na petição inicial e manter para o autor o ônus da prova (medida cuja finalidade é típica do processo de conhecimento) e, ao mesmo tempo, no processo executivo não se cogita em revelia e o título sobre o qual se funda a execução goza da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, *os embargos do devedor por negativa geral configuram não apenas uma inocuidade, mas gritante atecnia processual*. Comparando, equivale à apresentação de “exceção de pré-executividade” (instrumento destinado à veiculação de matéria de ordem pública no processo executivo), por “negativa geral”.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil** – comentado artigo por artigo, p. 315.

¹⁴⁷ 1º TACivSP, 6ª Câmara, Apelação nº 352335, rel. Juiz Ernani de Paiva, CPCA II nº 14 ao CPC 302, p. 1274.

4 ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO CURADOR ESPECIAL E O “CONTRADITÓRIO PARCIAL”

Quando um órgão julgador afirma nos autos que “*O réu não está sob o pálio da gratuidade e o Estado não tem obrigação de custear perícia para quem é revel citado por edital*” (conteúdo verdadeiro de despachos proferidos em 2010 e 2011 na Comarca de Contagem), ele demonstra absoluto desconhecimento da função do curador especial e da própria legislação processual. E tal postura tem servido como justificativa para *dosagem do contraditório baseada num juízo de conveniência, concebendo-se a adoção de um contraditório fracionado*.

No exemplo mencionado, em que o juiz nega a produção de prova técnica em favor do ausente, estamos diante de uma situação em que o curador especial deve oferecer defesa (por tratar-se de um múnus público), todavia não pode produzir prova das suas alegações.

Entendemos flagrantemente ilegal a dosagem do contraditório conforme o ‘prudente arbítrio do juiz’. O exercício limitado da garantia fundamental, às vezes sutil, frustra o objetivo constitucional, pois a dialética processual só pode ser vista sob o enfoque da plenitude ou da deficiência gravosa. A nosso ver, existe respeito ao contraditório ou não: *impossível meio termo* ou o “contraditório parcial”, expressão ilustrativa e que representa, por si mesma, aberrante *contradictio in terminis*.

O contraditório é princípio reitor do Processo Civil “*e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador*”.¹⁴⁸

Não é possível vislumbrar o contraditório efetivo no Direito Processual sem o amplo poder de produzir prova. Certamente a lei não consagrou a figura do curador especial para finalidade recreativa. Nesse sentido manifestou-se recentemente o Desembargador Mota e Silva do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Se o curador especial ficar tolhido de produzir a prova que entende por necessária ou de aviar recurso que entende por necessário para assegurar os direitos constitucionais do réu, de ampla defesa e contraditório, por ausência de antecipação das despesas ou custas processuais, *não haveria motivo ou mesmo lógica para a existência de tal figura*. Bastaria que fossem impostos os efeitos da revelia.¹⁴⁹

Um dos mais respeitados processualistas italianos, Luigi Paolo Comoglio, ao tratar dos poderes probatórios das partes, sob a ótica constitucional, afirmou que as relações entre as partes e o juiz, na instrução da causa, “*representam o ponto nevrálgico de qualquer modelo processual*, constituindo uma relevante fonte de prova de sua eficiência. Elas representam também um terreno de delicada verificação da efetividade das garantias constitucionais inerentes ao processo.”¹⁵⁰

¹⁴⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**, p. 52.

¹⁴⁹ TJMG, Apelação Cível nº 1.0079.01.002437-4/001, Relator Desembargador Mota e Silva, j. 11.08.2009. Em decisão irreparável, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul endossou a tese ora esposada: “Estando preso aquele que contesta o pedido, é obrigatória a nomeação de curador especial (CPC, 9, II), que deve participar da produção das provas, que não podem ser dispensadas pelo juiz. Processo anulado,” (TJRS, Apelação Cível nº 70000114827, Relator Desembargador Wilson Carlos Rodycz, julgamento em 11.05.2000)

¹⁵⁰ COMOGLIO, Paolo Luigi. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, v. 90, p. 120.



Equilíbrio processual só é alcançado, conforme ressaltamos anteriormente, quando a parte está, de fato, “em condições de poder influenciar a decisão do magistrado”.¹⁵¹ Revela-se, portanto, falacioso qualquer argumento que impeça a produção de prova pericial pelo curador especial, baseado em *déficit logístico do Judiciário*, como por exemplo, a escassez de peritos dispostos a exercer seu múnus mediante remuneração pelo Estado ao final do processo. Este é um ônus que não pode ser arbitrariamente transferido para as partes, isentando o julgador da tarefa de assegurar a igualdade de oportunidades no processo (CPC, art. 125, I).

No ano de 2004 a questão foi levada à apreciação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Desembargador Alberto Vilas Boas consignou que

o fato de o Curador Especial haver solicitado a produção da prova pericial (qualificada como essencial pelo próprio magistrado) não autoriza a dizer que não possa ser realizada mediante a cooperação do profissional cadastrado no juízo ou mediante requisição ao Estado. *Sim, porque, se a lei deseja outorgar ao réu citado por edital uma defesa efetiva e ampla, nada obsta que o requerimento feito pelo Curador Especial seja atendido nos termos acima expostos, porquanto a prova é considerada relevante para a solução da lide.*

E concluiu:

*Recusar a produção da prova somente porque o réu foi citado por edital e não compareceu significaria atentar contra o espírito do instituto da curadoria especial mencionada no art. 9º, CPC, motivo pelo qual deverá o julgador adotar as providências que estiverem ao seu alcance e efetivar a realização da produção da prova pericial. Ou seja, como a lei não pode obrigar o expert a atuar para receber apenas ao final da demanda pela parte vencida, cabe ao juiz indagar se este aceita laborar de forma graciosa e receber ao final da parte vencida, ou, ainda, que se requisite do Estado ou do conselho profissional respectivo (art. 14 da Lei n. 1.060/50, por analogia) a indicação de profissional para a efetivação da prova pericial contábil reclamada.*¹⁵²

Há ainda um ponto digno de menção: se o juiz, ao dar início à fase instrutória, abre vista às partes para especificação de provas e, logo após, sentencia de plano (suprimindo abertamente a etapa procedimental) ou, conforme a hipótese trazida para análise, rejeita a diligência requerida, com base em *argumentos não jurídicos ou de caráter personalista* (segundo seu ‘prudente arbítrio’), viola não apenas o contraditório, mas também a boa-fé e o dever de *cooperação intersubjetiva*,¹⁵³ imprescindíveis à fluência da atividade processual. Profere a denominada decisão-surpresa, espécie inconstitucional de provimento judicial que corresponde, na prática, a um verdadeiro monólogo judiciário.¹⁵⁴

¹⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Curso de direito processual civil**, p. 65.

¹⁵² TJMG, Agravo de Instrumento nº 449.863-3, julgamento em 01.06.2004.

¹⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Curso de Direito Processual Civil**, p. 77.

¹⁵⁴ O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em acórdão proferido no ano de 2002, decidiu: “O princípio do contraditório, enquanto princípio reitor do processo civil, exige que se dê a cada uma das partes a possibilidade de – ‘deduzir as suas razões (de facto e de direito)’, de ‘oferecer as suas provas’, de ‘controlar as provas do adversário’ e de ‘discretar sobre o valor e resultados de umas e outras’. Pondo o enfoque no plano das questões de direito, a norma proíbe as decisões-surpresa, isto é, as decisões baseadas ‘em fundamento que não tenha sido previamente considerado pelas partes’. Proibição, pois, das decisões-surpresa, enquanto violadoras do princípio do contraditório, conforme este Supremo Tribunal tem tido oportunidade de decidir”. (Acórdão nº SJ200210150024781, Relator Ferreira Ramos, julgamento em 15.10.2002, disponível em <http://www.stj.pt>, acesso em 17.05.2009).

5 CONCLUSÕES

Ante os argumentos apresentados neste texto, formulamos as seguintes conclusões pertinentes à figura processual do curador especial:

1) A citação ficta proporciona situação de grave fragilidade defensiva para a parte ré, motivo que ensejou a previsão legal contida no art. 9º, II, do CPC, figurando o curador especial como *substituto processual* da parte ausente;

2) Incumbe à Defensoria Pública, na atuação atípica em benefício dos ausentes, *intentar em juízo quaisquer ações que se mostrem necessárias à tutela dos seus direitos e interesses*, como forma de materializar o contraditório (dinâmico) e a efetividade processual;

3) O réu citado fictamente *não é considerado necessitado economicamente*, mas *necessitado de provimento jurisdicional justo*, no qual lhe sejam assegurados os direitos à ampla defesa e ao contraditório, pois milita em seu favor a presunção de que não tomou conhecimento da ação;

4) O afastamento do ônus da impugnação especificada, previsto no art. 302, parágrafo único, do CPC, outorga ao Defensor Público mera faculdade de oferecer defesa em termos genéricos. A regra é fiscalizar com amplitude a atividade da parte contrária e do juiz na condução do processo;

5) A defesa do réu ausente, atividade compulsória do Defensor Público, concede ao curador especial *rigorosamente os mesmos poderes instrutórios, se comparada com a defesa da pessoa presente*. Nesse sentido, não pode sofrer limitação baseada no equivocado raciocínio de que a defesa do réu ausente é mero formalismo destinado a afastar os efeitos da revelia;

6) O Estado é obrigado a custear as despesas da prova pericial, quando requerida pelo curador especial, sob pena de esvaziar o conteúdo da norma prevista no art. 9º, II, do CPC;

7) Se o juiz, após receber a petição de defesa, negar a produção de prova oportunamente requerida, com base em suposta limitação do poder instrutório do curador especial, *estará dosando o exercício do contraditório*, que corresponde à violação literal do princípio da *par conditio*;

8) Profere *decisão-surpresa*, faltando com a boa-fé e o dever de cooperação o juiz que, num dado momento, oportuniza à parte a produção de prova e, no momento seguinte, profere julgamento desconsiderando a pretensão instrutória do litigante.

Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, n. 90, abr./jun. 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2006, v. 1.



LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

LEBRE DE FREITAS, José. **Código de processo civil anotado**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil** – comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.12

Súmula nº 421 do STJ: *Um equívoco que persiste*

CIRILO AUGUSTO FIUZA SALDANHA DE VARGAS¹⁵⁵

No ano de 2003, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁶ firmou entendimento, através da decisão prolatada no Recurso Especial nº 493.342/RS,¹⁵⁷ no sentido de que a Defensoria Pública estadual, por ser entidade desprovida de personalidade jurídica, não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda Pública estadual, em causa patrocinada por Defensor Público. O Ministro José Delgado, então relator do acórdão, consignou que

A Defensoria Pública é mero, não menos importantíssimo, órgão estadual, no entanto, sem personalidade jurídica e sem capacidade processual, denotando-se a impossibilidade jurídica de acolhimento do pedido da concessão da verba honorária advocatícia, por se visualizar a confusão entre credor e devedor.

A suposta confusão entre o órgão público e os estados membros foi repetidamente invocada pelo Tribunal Superior (v. g., EREsp. nº 566.551/RS, EREsp. nº 480.598/RS, REsp. nº 852.459/RJ, REsp. nº 1.108.013/RJ) até que, em 11.03.2010, decidiu o STJ formalizar seu posicionamento através da publicação do enunciado nº 421, segundo o qual “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.”

Formulamos neste ensaio argumentos jurídicos para demonstrar que a tese sustentada em 2003 pela Primeira Seção do STJ e recentemente transformada em enunciado de súmula por aquele tribunal, carece de respaldo legal e constitucional, ante o atual tratamento normativo conferido à Defensoria Pública.

¹⁵⁵ Defensor Público. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

¹⁵⁶ Interessante mencionar que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça é composta por ministros da Primeira Turma e da Segunda Turma e aprecia matérias de Direito Público, com ênfase para as questões administrativas e tributárias.

¹⁵⁷ STJ, Resp nº 493.342/RS, Primeira Seção, Ministro Relator José Delgado, julgamento em 10.12.2003.



Inicialmente, destacamos que a **confusão, prevista nos artigos 1.049 do Código Civil de 1916 e 381 do Código atual, configura instituto de natureza civil pelo qual se reúnem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor**. Cabe, portanto, indagar: seriam os Estados membros ou a União Federal (entes políticos) credores dos honorários sucumbenciais eventualmente recolhidos pela Defensoria Pública Estadual ou pela Defensoria Pública da União?

A Emenda Constitucional nº 45/04 concedeu à Defensoria Pública autonomia funcional, administrativa e financeira (iniciativa de elaboração de sua proposta orçamentária, prevendo a sua gestão financeira anual). Por via reflexa, **a instituição deixou de ser um simples órgão auxiliar do governo, passando a ser órgão constitucional independente, sem qualquer subordinação ao Poder Executivo**.¹⁵⁸ A Constituição Federal não deixa margem para indagações:

Art. 134. 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).

(...)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

A Lei Complementar Federal nº 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, dispõe em seu art. 4º, XXI, que

são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras, executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

O dispositivo transcrito possui redação relativamente nova, promovida pela Lei Complementar Federal nº 132, de outubro de 2009. Os Estados membros têm o dever de adaptar a organização de suas Defensorias Públicas aos preceitos da Lei Complementar Federal nº 80, inclusive no que concerne à criação dos fundos de gestão das verbas sucumbenciais.

Extrai-se das normas transcritas que, **implantados ou não os fundos destinatários da verba honorária recolhida pela Defensoria Pública, não há como argumentar que a Fazenda Pública (estadual ou federal) é credora dos valores arrecadados**. Nesse sentido, sustentar hoje em dia a ocorrência de confusão, na trilha do velho entendimento encampado pelo STJ, é, antes de tudo, negar validade ao texto legal.

¹⁵⁸ TJMS, Apelação Cível nº 2007.025343-7/0000-00, 3ª Turma Cível, Desembargador Relator Oswaldo Rodrigues de Melo, julgamento em 17.09.2007.

A Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão proferida no ano de 2008, sustentou que “A partir da vigência da Lei Complementar nº 65/2003 os honorários sucumbenciais relativos ao Defensor Público não são convertidos em renda para o Estado, razão pela qual são devidos pela fazenda Pública do Estado.”¹⁵⁹

Na verdade, é antiga a noção de que a verba honorária arrecadada pela Defensoria Pública não ingressa, em hipótese alguma, no patrimônio do ente político respectivo.

Vale lembrar que no Estado do Rio de Janeiro, o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública – CEJUR/DPGE (criado pela Lei Estadual nº 1.146 de 1987), é custeado pelo Fundo Orçamentário Especial, cuja receita provém, dentre outras fontes, dos “honorários advocatícios que em qualquer processo judicial, pelo princípio da sucumbência, caibam à Defensoria Pública” (art. 3º, I).

O verdadeiro sentido de ‘autonomia’ também deve ser invocado para rebater a vetusta tese pretoriana. Autonomia administrativa e financeira pressupõe capacidade de autodeterminação de uma instituição, conforme suas próprias leis, livre de qualquer fator externo com influência subjugante. Há bastante tempo Maria Sylvia Zanella Di Pietro já ensinava que “autonomia, de *autós* (próprio) e *nómos* (lei), significa o poder de editar as próprias leis, sem subordinação a outras normas que não as da própria Constituição; nesse sentido, só existe autonomia onde haja descentralização política.”¹⁶⁰

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu recentemente decisão no sentido de que “A Defensoria Pública tem poderes para auto-organizar seus serviços, bem como capacidade para elaboração de orçamento próprio, com gestão e aplicação dos recursos que lhe são destinados.”¹⁶¹

Ora, parece claro que, se os tribunais reconhecem a autonomia da Defensoria Pública, mas, paralelamente, são obrigados (por força da Súmula nº 421) a negar sua capacidade de gestão patrimonial, incorrem em grave contradição, redundando, conforme anteriormente sublinhado, em violação da norma jurídica que organiza a Instituição. Neste ponto, cabe ressaltar a colocação do Desembargador do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Paulo Alfeu Puccinelli:

Tenho que a confusão alegada entre o Estado e a Defensoria Pública não ocorre, a uma, porque a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, concedeu autonomia funcional à Defensoria Pública, ou seja, ela deixou de ser um órgão auxiliar do governo e se tornou um órgão constitucional independente, vale dizer, sem nenhuma subordinação ao Poder Executivo. Além do que, também recebeu autonomia administrativa e financeira.

¹⁵⁹ TJMG, Apelação cível, nº 1.0024.06.148112-3/001, julgamento em 17.04.2008. Nesse sentido, decidiu, no ano de 2002, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul: “Com o advento da Lei Complementar Estadual nº 94, de 26 de dezembro de 2001, os honorários advocatícios, nas causas patrocinadas pela Defensoria Pública Estadual, serão fixados em prol do respectivo órgão e não mais em favor da Fazenda Pública Estadual” (Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2001.010484-9/0001.00, Primeira Turma Cível, rel. Desembargador Hildebrando Coelho Neto, julgamento em 28.05.2002).

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 350.

¹⁶¹ TJRS, Apelação Cível nº 70022299911, julgamento em 10.04.2008.



Assim, tenho que é perfeitamente possível o Estado de Mato Grosso do Sul ser condenado a pagar honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, não ocorrendo a mencionada confusão prevista no artigo 381 do Código Civil.¹⁶²

Tudo indica que existe no aludido precedente do STJ uma imprecisão terminológica, que foi ratificada pela súmula nº 421: órgão é entidade despersonalizada, não se discute. Todavia, se o órgão é autônomo (como, no caso, a Constituição afirma ser), pouco importa a ausência de personalidade jurídica. Impõe-se o reconhecimento de destinatários diversos de receitas: Estado membro (ou União Federal) e Defensoria Pública, estadual ou federal. Pensar o contrário é concordar com a absurda tese de que toda e qualquer verba honorária fixada em prol da Defensoria Pública pertence à Fazenda, estadual ou federal.

Em resumo: a súmula nº 421 do STJ trata duas situações idênticas de forma distinta. Se o devedor sucumbente for pessoa diversa do Estado, o credor dos honorários será a Defensoria Pública. Caso contrário, se o devedor for o Estado, o credor não mais será a Defensoria, mas o próprio ente político. Curioso é que poucas pessoas questionam o absurdo desse raciocínio e a maioria simplesmente o toma como verdade.

À guisa de conclusão, verificamos que a antiga decisão do STJ, que serve como precedente para elaboração da súmula nº 421, foi proferida no ano de 2003, ou seja, antes da alteração constitucional promovida pela Emenda 45/2004, que consagrou a autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública. Precede também a elaboração da norma prevista no art. 4º, XXI da Lei Complementar Federal nº 80/94, que alude aos fundos para aparelhamento da Instituição.

Logo, a conversão daquele vetusto entendimento em súmula, no ano de 2010, só pode ser qualificada como ilegal e inconstitucional. Isso porque ignora, de um lado, a existência dos fundos para aparelhamento da Defensoria Pública, expressamente referidos na Lei Complementar Federal nº 80/94 e, de outro, a autonomia administrativa e financeira assegurada pelo art. 134, § 2º da Constituição Federal.

A súmula nº 421 revela também um privilégio injustificável (e circunstancial) para a Fazenda Pública, pois trata o Estado membro e União Federal como credores dos honorários recolhidos pela Defensoria Pública somente quando são sucumbentes em causa patrocinada por Defensor Público.

Reputamos fundamental perceber que a ausência de personalidade jurídica de uma entidade não elimina sua capacidade de gestão patrimonial autônoma, diversa daquela referente ao ente político. Como exemplo, citamos o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e da União, ambos órgãos classificados como independentes, a exemplo da Defensoria Pública.

• • •

¹⁶² TJMS, Apelação Cível nº 2007.000596-0, julgamento em 05.03.2007.

LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.13

A excepcionalidade da internação na medida de segurança

ALESSA PAGAN VEIGA¹⁶³

Resumo: Esse artigo pretende demonstrar que a modalidade internação, na medida de segurança, é medida excepcional e deve durar apenas o tempo de crise em surto psiquiátrico. A pesquisa legislativa apresenta a Lei 10.216 de 2001 como instrumento que derogou em parte o código penal e lei de execução penal. Ainda, foi dado ênfase na necessidade de relatório médico e psicossocial para aferir qual a melhor forma de tratamento ao paciente que cumpre medida de segurança. Ademais, a pesquisa jurisprudencial e doutrinária apontou a violação de direitos humanos e prática de atos de tortura quando os pacientes de medida de segurança são colocados em unidades prisionais junto a presos condenados.

Palavras-chave: Modelo assistencial. Saúde Mental. Direitos Humanos. Medida de Segurança.

1. INTRODUÇÃO

O denominado louco infrator, em que pese ser isento de culpa, deve cumprir medida de segurança imposta na modalidade internação ou tratamento ambulatorial.

A prática jurídica, diante da atuação na Defensoria Pública de Execuções Penais de Ribeirão das Neves em Minas Gerais, demonstra que a modalidade internação, muitas vezes, é aplicada como medida prioritária, com base no tipo de prisão descrita no tipo penal (reclusão ou detenção), sem qualquer tentativa anterior de tratamento extra-hospitalar, e sem oitiva de grupo psicossocial.

A lei n. 10.216 de 2001 derogou em parte o Código Penal e a Lei de Execução Penal. A modalidade de medida de segurança não deve mais se pautar pelo tipo de pena descrito no tipo penal, mas pela indicação do médico e equipe psicossocial, que devem apresentar pareceres e laudos antes de qualquer decisão judicial.

A internação deve ser medida utilizada apenas de forma excepcional e subsidiária em casos de surto. Ainda, a internação deve ser realizada em hospitais gerais do sistema único de saúde.

¹⁶³ Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, especializanda em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Email:alessapv@gmail.com



A realidade, no entanto, demonstra dezenas de pacientes cumprindo medida de segurança, na modalidade internação, em hospitais de custódia ou em unidades prisionais sem atendimento médico adequado, em celas superlotadas, junto a demais pessoas privadas de liberdade, colocando em risco a sua saúde e a saúde da coletividade.

A manutenção de pessoas com transtorno mental em unidades prisionais, além de ilegal, configura ato de tortura, retrocesso social e violação da dignidade da pessoa humana, pois o paciente passa a ser coisificado e isolado da sociedade.

A pessoa com transtorno mental é um sujeito de direitos. Seu direito ao tratamento e sua consideração como pessoa com dignidade, não são privados em razão da medida de segurança. O único fator de diferenciação entre uma pessoa com transtorno mental e um louco infrator, seria a fiscalização do estado, neste último caso, nos autos de execução da medida de segurança.

Durante séculos, as pessoas portadoras de transtorno mental foram excluídas da sociedade e depositadas em locais de isolamento (FOUCAULT, 2013). Os locais de isolamento para tratamento de doenças mentais são proibidos, uma vez que o cidadão deve ser inserido na sociedade e tratado. A colocação dessas pessoas em prisões, nada mais é do que o ressurgimento dos locais de isolamento com piores condições de sobrevivência.

Esse artigo pretende demonstrar que a modalidade internação na medida de segurança é medida excepcional e deve durar apenas o tempo de crise em surto psiquiátrico. Ainda, a internação deve ser realizada em locais de saúde adequados.

2. MÉTODO

O método utilizado foi de revisão de literatura e estudo de legislação e jurisprudências.

O estudo realizado em livros de Michel Foucault, como Nascimento da Clínica e História da Loucura foram importantes para demonstrar que o isolamento é medida ultrapassada e que implica em violação direta ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Foi realizada a leitura de textos em revistas de saúde fornecidas pela própria Escola de Saúde Pública e em periódicos disponíveis em sites de pesquisa como Scientific Electronic Library Online – SciELO, que demonstraram que a modernização da indústria farmacêutica tornou possível a modificação da forma de tratamento das pessoas com saúde mental comprometida.

Com a leitura da Lei 10.216 de 2001 e dos tratados internacionais que tratam dos portadores de deficiência, foi forçoso concluir que os portadores de transtorno mental não podem ser discriminados em razão da prática ou não de ato descrito como crime. Assim, as normas insertas na lei antimanicomial são aplicadas a todas as pessoas com transtorno mental, sem distinção.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais verificada nos anos de 2014 e 2015 reforça a ideia de que a Lei n. 10.216 de 2001, é aplicada a todas as pessoas com transtorno mental.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 Evolução histórica das estruturas de isolamento

A lepra, ao desaparecer do mundo ocidental, no final da idade média, deixa como herança as estruturas utilizadas para o isolamento, que vão servir de abrigo às pessoas portadoras de doenças venéreas, loucos e pessoas indesejadas pela sociedade (FOUCAULT 2013).

Foucault (2013, p.8), explicita o seguinte:

Fato curioso a constatar: é sob a influência do modo de internamento, tal como ele se constituiu no século XVII, que a doença venérea se isolou, numa certa medida, de seu contexto médico e se integrou, ao lado da loucura, num **espaço moral de exclusão**. De fato, a verdadeira herança da lepra não é aí que deve ser buscada, mas sim num fenômeno bastante complexo, do qual a medicina demorará para se apropriar. Esse fenômeno é a loucura. Mas será necessário um longo momento de latência, quase dois séculos, para que este novo espantinho, que sucede à lepra nos medos seculares, suscite com ela reações de divisão, de exclusão, de purificação que no entanto lhe são apresentadas de uma maneira bem evidente. (g.n)

No final do século XIX, início do século XX, as inserções em estabelecimentos destinados à exclusão eram realizadas de modo aleatório, destinadas aos loucos, vadios e mendigos.

Algumas crianças e adolescentes em situação irregular, conforme denominava o código de menores de 1979, eram indesejadas pela sociedade e excluídas nesses locais de isolamento. Importante salientar que o denominado “menor” em situação irregular era apenas a criança desprovida de familiares ou apoio social (SARAIWA, 2010).

No Hospital Colônia de Barbacena, por exemplo, dentre os pacientes, existiam homossexuais, mães solteiras, mendigos, pobres, crianças, pessoas sem documentos, militantes políticos, alcoolistas, pessoas com epilepsia. Enfim, pessoas consideradas indesejadas pela sociedade (ARBEX, 2013).

Para se ter uma ideia da dimensão e violação de direitos humanos, nesse Hospital Psiquiátrico, em 1930, existiam 5 (cinco) mil pacientes, enquanto que a capacidade máxima seria para 200 (duzentas) pessoas.

O resultado da superlotação foi a propagação de doenças, falta de saneamento básico adequado, falta de lugar para dormir, fome, falta de roupas, frio, falta de assistência social, dentre outras coisas. Tais fatos levaram à morte de milhares de pessoas. Foram 60 mil mortos dentro do Hospital de Barbacena dentre as causas apontadas e/ou causas naturais (ARBEX, 2013).

Assim, os estabelecimentos herdados pela lepra serviam para manter as pessoas indesejadas longe do convívio com a sociedade. Dentre essas pessoas, os loucos, que sofriam verdadeira exclusão social.

3.2 Extinção dos locais de isolamento

Diante dos fatos apontados, surgiu um movimento social na luta pelos direitos das pessoas com sofrimento psíquico. Esse movimento visava a reforma psiquiátrica.

A lei 10.216, do ano de 2001, significou o marco da reforma psiquiátrica no Brasil. Trouxe a internação não mais como medida principal, mas medida subsidiária, somente quando não existir meios alternativos para tratamento (BRASIL, 2001).



Essa reforma psiquiátrica passa a conceber o comprometimento mental com humanidade. Introduce a noção de cidadania ao modo de se lidar com a loucura. Como cidadão, deve ser inserido na sociedade e não marginalizado.

O ponto culminante da reforma psiquiátrica foi demonstrar que a pessoa com transtorno mental deve ser vista como sujeito de direitos e não mais objeto de discussão. Como sujeito de direito, deve ser tratada e ouvida e não isolada.

Nesses termos, busca-se incessantemente a extinção dos locais de isolamento e a inserção da pessoa com transtorno mental na sociedade. Essa busca tem como reforço a evolução da medicina ética e a modernização de medicamentos eficazes como tratamento alternativo.

Aos poucos os leitos em Hospitais Psiquiátricos estão sendo extintos. A portaria do gabinete do ministro n. 52, de 20 de janeiro de 2004, do Ministério da Saúde, estabelece a redução progressiva dos leitos psiquiátricos no País.

A lei estadual de Minas Gerais, n. 11.802 de 1995, determina aos poderes públicos, estadual e municipais, o estabelecimento de planos necessários para a instalação e funcionamento de recursos alternativos aos hospitais psiquiátricos (MINAS GERAIS, 1995).

Artigo 3º, Lei 11.802/95. Os poderes públicos estadual e municipais, em seus níveis de atribuição, estabelecerão a planificação necessária para a instalação e o funcionamento de recursos alternativos aos hospitais psiquiátricos, os quais garantam a manutenção da pessoa portadora de sofrimento mental no tratamento e sua inserção na família, no trabalho e na comunidade, tais como:

I – ambulatórios;

II – serviços de emergência psiquiátrica em prontos-socorros gerais e centros de referência;

III – leitos ou unidades de internação psiquiátrica em hospitais gerais;

IV – serviços especializados em regime de hospital-dia e hospital-noite;

V – centros de referência em saúde mental;

VI – centros de convivência;

VII – lares e pensões protegidas.

§ 1º – Para os fins desta lei, entende-se como centro de referência em saúde mental a unidade regional de funcionamento permanente de atendimento ao paciente em crise. (Parágrafo renumerado pelo art. 1º da Lei nº 12684, de 1/12/1997.)

§ 2º – Ficam vedadas a instalação e a ampliação de unidade de tratamento psiquiátrico, pública ou privada, que não se enquadre na tipificação descrita neste artigo. (Parágrafo acrescentado pelo art. 1º da Lei nº 12684, de 1/12/1997.)

§ 3º – Ficam vedadas novas contratações, pelo setor público, de leitos psiquiátricos em unidade de tratamento que não se enquadre na tipificação descrita neste artigo. (Parágrafo acrescentado pelo art. 1º da Lei nº 12684, de 1/12/1997.)

Gradativamente, foi implantada a psiquiatria ética que visa promover a saúde mental para cuidados a partir de novos modelos criados pela legislação, como hospital dia, internação em hospital geral, ambulatório, CAPS, NAPS, pensões e residências terapêuticas (KOGA; FURAGETO; SANTOS, 2006).

3.3 Medida de segurança

A culpabilidade tem como elementos a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa (MIRABETE, 2008).

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, a imputabilidade é “a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento” (MIRABETE, 2008).

Para a teoria tripartida, que considera crime fato típico, ilícito e culpável, o inimputável não praticaria crime, pois seria excluída a culpabilidade, que é elemento do crime. Para a teoria bipartida, que considera crime fato típico e ilícito, o inimputável praticaria crime, pois a culpabilidade seria apenas pressuposto de aplicação da pena. Esse trabalho adota a teoria tripartida.

Conforme dispõe o artigo 26 do Código Penal:

é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

Assim, a pessoa portadora de transtorno mental, que era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, pratica um fato típico e ilícito, porém, em razão da inimputabilidade, é excluída a culpabilidade e, portanto, o crime.

O denominado “louco infrator” resta isento de pena e recebe sentença de absolvição denominada imprópria. Entretanto, a ele é aplicada medida de segurança que, embora não seja pena, é espécie de sanção penal.

Leciona Sidio Rosa de Mesquita Junior:

O doente mental, completamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, que praticar fato definido como crime estará sujeito à medida de segurança, a qual não é espécie de sanção, mas medida administrativa do Estado. Essa afirmação encontra amparo no CP, eis que ele autoriza a execução de efeitos civis da condenação, por meio da homologação da sentença estrangeira, mas não autoriza a execução da pena imposta no exterior. A medida de segurança imposta no exterior pode ser executada no Brasil (CP, art. 9º), isso porque a pena e a medida de segurança têm naturezas diversas. Assim, do crime decorrerá a pena, enquanto do ato definido como crime decorrerão outras medidas (medida protetiva, medida sócio-educativa; medida de segurança ou, até absolvição) que não constituem sanções decorrentes de crimes.

O Código Penal, em seu artigo 96, prevê duas modalidades de medida de segurança: internação ou tratamento ambulatorial (BRASIL, 1940).

Art. 96. Código Penal. As medidas de segurança são:

I – Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II – sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único – Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Nos termos do Código Penal, a aplicação de uma ou outra modalidade de medida de segurança depende do tipo de sanção que é previsto como punição no tipo penal praticado.



Art. 97. Código Penal. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

A internação no presente caso é a denominada internação compulsória, pois determinada pela Justiça.

Todos os princípios constitucionais de limitação ao poder de punir estatal são aplicados às medidas de segurança, como legalidade e humanização das sanções. A finalidade da medida de segurança é o tratamento (MIRABETE, 2007, p. 282).

3.4 Lei da reforma psiquiátrica e o louco infrator

A prova da inimputabilidade do acusado é fornecida pelo exame pericial (MIRABETE, 2008, p. 210).

A Lei n. 10.216 de 2001 assegura direitos e proteções à pessoa acometida de transtorno mental, sem qualquer outra forma de discriminação (BRASIL, 2001).

Prescreve o artigo 1º da Lei 10.216 de 2001:

Art. 1º. Lei 10.216/01. Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados **sem qualquer forma de discriminação** quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra. (grifo nosso)

O Decreto n. 3.956 de 2001 promulga a convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. O artigo I, item 2, alínea “a”, da Convenção em comento, define o que seria discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência:

Artigo I, item 2, alínea “a”: o termo “discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência” significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

No mesmo turno, a resolução 46/119 da Organização das Nações Unidas (ONU), sobre a proteção das pessoas com doenças mentais e a melhoria da assistência à saúde mental estabelece no princípio 1.4, *verbis*:

Resolução 46/119. ONU. Princípio 1.4. Não haverá discriminação sob alegação de transtorno mental. ‘Discriminação’ significa qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha o efeito de anular ou dificultar o desfrute igualitário de direitos.

O artigo 6º da Lei em referência explicita como modalidade de internação, a internação compulsória, determinada pela justiça, o que demonstra de forma patente a aplicação das normas insertas na referida legislação às medidas de segurança.

Posto isso, a Lei 10.216 de 2001 é aplicada integralmente às pessoas portadoras de transtorno mental que cumprem medida de segurança.

3.5 Excepcionalidade da medida de internação

Com o advento da Lei 10.216 de 2001, a internação, em qualquer de suas modalidades, deixa de ser a principal alternativa terapêutica, para ser o último recurso, somente nos casos em que outros tratamentos não se mostrarem eficazes. Além disso, a internação se limita a casos de surtos e dura até estes cessarem.

No caso excepcional de internação, esta deverá ocorrer em local que resguarde a dignidade da pessoa humana, com tratamento adequado dentro dos parâmetros legais estabelecidos.

Nesses termos, dispõe o artigo 4º e 6º da Lei 10.216 de 2001:

Artigo 4º. Lei 10.216/01. A internação, **em qualquer de suas modalidades**, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no §2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º (destacou-se).

Art. 6º. Lei 10.216/01. A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

- I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
- II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
- III – **internação compulsória**: aquela determinada pela Justiça. (grifo nosso).

O artigo 4º, parágrafo terceiro, já mencionado, da Lei Federal n. 10.216 de 2001, veda expressamente a internação de pacientes portadores de transtorno mental em instituições com características asilares, assim classificadas as instituições desprovidas de serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, bem como as que não assegurem os direitos estabelecidos no parágrafo único, do artigo 2º do mesmo diploma legal (BRASIL, 2001).

Artigo 2º, Lei 10.216/01. Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

- I – ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II – ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III – ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV – ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V – ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI – ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII – receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
- IX – ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.



A internação em Hospitais Psiquiátricos dá lugar à internação em Hospitais Gerais, da rede pública, em leitos comuns ou, ainda, em alas psiquiátricas em Hospitais Gerais (artigo 3º, da Lei estadual n. 11.802/95).

Paulo Vasconcelos Jacobina sustenta que a internação apenas cronifica a pessoa (2008, p. 61):

O mandato social dado ao psiquiatra, para considerá-lo como tutor universal do louco e, principalmente, como escudo protetor entre a sociedade e a loucura (e entre o louco e sua própria loucura), foi insuficiente para trazer a cura – objetivo mítico de restabelecer um padrão de normalidade capaz de eliminar a periculosidade do psicótico. O que se viu e se vê, na prática, é o agravamento da condição psicótica e a perda da possibilidade de retorno social ao louco que penetra nesse sistema.

Com isso, antes de determinar a internação compulsória, deve ser verificado no caso concreto a existência de tentativas prévias de tratamento extra-hospitalares.

Entretanto, não basta apenas laudo médico indicando a medida de internação. É necessário acompanhamento psicossocial e laudos profissionais indicando o histórico do paciente e a medida mais eficiente a ser realizada para tratamento do paciente.

3.6 Laudo psicossocial

Se o tratamento em regime de internação é estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtorno mental, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicólogos, ocupacionais, de lazer e outros, nos termos do artigo 4º, da Lei n. 10.216 de 2001, é plausível que além do perito médico, o magistrado avalie parecer de toda a rede psicossocial para decidir o incidente de insanidade mental e a cessação de periculosidade (BRASIL, 2001).

Os laudos psicossociais, junto ao laudo médico, são documentos que podem orientar o juiz para a escolha do melhor tratamento a ser aplicado ao paciente com sofrimento mental. Ainda, evita a institucionalização no futuro, pois mantém o vínculo familiar existente.

Em Minas Gerais existe o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário portador de sofrimento mental – PAI-PJ, criado pela Portaria Conjunta n. 25 de 2001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Corregedoria-Geral de Justiça.

O projeto segue os princípios da Lei 10.216 de 2001 e, desde maio de 2010, o programa passou a integrar o Programa Novos Rumos do Tribunal de Justiça.

A equipe do PAI-PJ é formada por psicólogos, assistentes sociais e bacharéis em direito capacitados para fazerem parte do programa. Dentre inúmeras funções, o PAI-PJ acompanha os processos criminais e de execução penal nos quais o sentenciado é ou apresenta ser portador de transtorno mental, fornecendo subsídios técnicos para a prestação jurisdicional nas fases processuais.

Ainda, tem como atribuição discutir previamente com o perito antes da realização de laudo de insanidade mental ou laudo de cessação de periculosidade.

Nos termos do artigo 3º, da referida Portaria Conjunta n. 25/2001, são atribuições do PAI-PJ:

Art. 3º. Portaria Conjunta 25/2001. São atribuições do PAI-PJ:

I – promover o estudo dos autos em que foi judicialmente instaurado o Incidente de Insanidade Mental do acusado, com a finalidade de:

- a) fornecer parecer interdisciplinar quanto à pertinência da realização do exame de sanidade mental;
- b) realizar discussão prévia com os peritos oficiais e fornecer subsídios para a formatação do respectivo laudo;
- c) acompanhar o tratamento do réu sob suspeita de sofrimento mental, até decisão do incidente instaurado.

II – promover o estudo dos autos em que foi absolvido o réu com conseqüente aplicação da medida de segurança, tanto em sua espécie de internação quanto de tratamento ambulatorial, com a finalidade de:

- a) fornecer parecer interdisciplinar que individualize a condição em que se encontram os pacientes;
- b) acompanhar o tratamento dos pacientes judiciários em medida de segurança, ofertando subsídios técnicos para a execução penal, nas diversas fases do tratamento;
- c) promover discussão com os peritos oficiais antes da realização do exame de cessação de periculosidade, fornecendo-lhes informações quanto à evolução do tratamento;
- d) manter contato com a rede pública de assistência em saúde mental com o fim de dar tratamento aos pacientes judiciais, na forma da legislação aplicável à espécie.

Nos locais não abrangidos pelo programa, os laudos podem ser fornecidos por profissionais vinculados a rede SUS ou ainda por psicólogos e assistentes sociais de unidades prisionais que acompanhem o paciente.

3.7 Derrogação do código penal e lei de execução penal

A Lei 10.216 de 2001 derogou a parte geral do Código Penal e a da Lei de Execuções Penais, no que tange aos loucos infratores.

O artigo 97 do Código Penal dispõe que o juiz, em regra, determinará a internação quando o fato previsto como crime for punível com reclusão. Entretanto, a Lei n. 10.216 de 2001, no artigo 4º, prevê a internação como alternativa excepcional e subsidiária, apenas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

Assim, a escolha terapêutica não é mais realizada de acordo com a espécie de pena conferida ao crime em abstrato (detenção ou reclusão). A escolha leva em consideração exclusivamente o indivíduo portador do sofrimento mental, sua moléstia e suas necessidades.

Não há qualquer justificativa para tratamento diferenciado entre os usuários comuns do serviço de saúde mental e os loucos infratores. A lei de reforma antimanicomial é aplicada a qualquer pessoa com transtorno mental, sem discriminação.

Os loucos infratores como pacientes e usuários do Sistema Único de Saúde, também devem ser tratados e apenas internados como medida excepcional, nos termos da Lei 10.216 de 2001. Afinal, a finalidade da medida de segurança é o tratamento.

Entretanto, muitas sentenças absolutórias, com aplicação de medida de segurança, aplicam a modalidade internação de forma prioritária a qualquer outra medida de tratamento, ferindo a norma inserta nos termos da Lei 10.216 de 2001.

Em razão da Lei 10.216/2001, o paciente diagnosticado deveria ser transferido para Hospitais Gerais, ambulatorios, hospital dia, em momento de crise psiquiátrica, e a liberação com tratamento ambulatorial em CAPS, CERSAM, por exemplo, se não existir mais a crise.



Sobre o tema, leciona Salo de Carvalho (2013, p. 529-531):

A reforma psiquiátrica foi explícita em proibir qualquer forma de tratamento manicomial. Mesmo nos casos excepcionais – a internação psiquiátrica é subsidiária e indicada apenas quando os recursos extra-hospitalares (serviços comunitários) se mostrarem insuficientes, conforme o §3º e o caput do art. 4º – estabelecem que ‘é vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares (...)’ (art. 4º, §3º, da Lei 10.216/2011).

A prioridade estabelecida pela Lei 10.216/2001 é a do tratamento no ambiente menos invasivo possível (art. 2º, VIII), preferencialmente em serviço comunitário de saúde mental (art. 2º, IX) ou em instituições ou unidades hospitalares gerais que ofereçam assistência na área da saúde mental (art. 3º). A política instituída na reforma deriva da finalidade de criar permanentes espaços para reinserção social do paciente em seu meio (art. 4º, parágrafo único).

A vedação de tratamento em instituições com características asilares atinge inclusive as formas de internação compulsória, ou seja, aquelas determinadas pelo Poder Judiciário (art. 6º, parágrafo único, III). Não por outra razão a Lei n. 10.216/2001 regula a própria atividade judicial ao estabelecer que, de acordo com a legislação vigente, o juiz competente levará em conta as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e dos funcionários (art. 9º). As condições de segurança do paciente não podem ser outras que a efetividade dos seus direitos, dispostos no art. 2º, parágrafo único, estando proibida a forma asilar por constituir tratamento desumano (art. 2º, II), abusivo (art. 2º, III) e invasivo (art. 2º, VIII).

Neste cenário, não se vislumbra qualquer motivo que justifique tratamento diferenciado entre os usuários comuns dos serviços de saúde mental e aqueles que praticam delitos. Com o advento da Lei de Reforma Psiquiátrica, independentemente da via de acessos aos serviços públicos de saúde mental (internação voluntária, involuntária ou compulsória), o tratamento prestado deve ser equânime e regido pela lógica da desinstitucionalização.

A alteração no quadro normativo torna inadmissível a manutenção dos regimes segregacionais de execução das medidas de segurança, constituindo-se em ilegalidade a preservação dos espaços conhecidos como manicômios judiciais, institutos psiquiátrico-forenses ou hospitais de custódia e tratamento. Se a reivindicação do movimento antimanicomial consagrada na Lei n. 10.216/2001 é a de que os usuários dos serviços de saúde mental não sejam estigmatizados em manicômios e que em caso de intervenção médica aguda recebam tratamento nos hospitais gerais, é injustificável a exclusão daquele portador de transtorno que se difere pelo cometimento do ilícito. Os avanços da reforma psiquiátrica, portanto, devem ser universais e incorporados ao sistema penal. (...)

A proposta se sustenta empiricamente em duas experiências inovadoras e altamente virtuosas de construção de alternativas ao tratamento de pessoas com transtorno psíquico em conflito com a lei. A transferência da pessoa submetida à medida de segurança para a rede pública de saúde – Centros de Apoio Psicossocial (CAPS) do Sistema Único de Saúde (SUS) – situação que implicaria a extinção progressiva dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, conforme prevê a Lei n. 10.216/2001, vem sendo realizada em alguns projetos-piloto como o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ), instituído pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e o Programa de Atenção ao Louco Infrator (PAILI), criado pelo Tribunal de Goiás. Em ambas as experiências é vetado o recolhimento de pacientes psiquiátricos em instituições de natureza carcerária (prisões, manicômios, hospitais de custódia ou institutos psiquiátrico-forenses).

As inovações dos programas alternativos de intervenção não punitiva (PAI-PJ e PAILI), proporcionadas pela Lei n. 10.216/2001, permitem compreender quão fértil é o espaço de atuação criado pela reforma psiquiátrica. Ao mesmo tempo expõem quão deficitário é o discurso da dogmática penal, que permanece literalmente preso aos conceitos higienistas da psiquiatria do século passado.

Importante colacionar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no Habeas Corpus n. 1.0000.14.078270-7/000, publicado no dia 21 de novembro de 2014, que demonstra que a decisão judicial deve estar em consonância com a Lei de Reforma Psiquiátrica.

“EMENTA: HABEAS CORPUS – MODULAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL – POSSIBILIDADE – DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A LEI DE REFORMA PSIQUIÁTRICA (LEI 10.216/01) – ORDEM CONCEDIDA.

– Em razão do inegável caráter punitivo das medidas de segurança, a Lei 10.216/2001 mudou a lógica de tratamento dos portadores de sofrimento psíquico no Brasil, como é o caso dos inimputáveis e dos semi-imputáveis. Esta Lei tem como diretriz central a realização de políticas públicas de desinternação e fixa como premissa o respeito à autonomia dos usuários do sistema de saúde mental.

– Considerando a alta hospitalar concedida pelo CAMP, instituição em que o paciente era tratado, e tendo em vista o relatório do PAI-PJ opinando pela conversão da medida detentiva em medida restritiva, a modulação da medida de segurança para tratamento ambulatorial é medida de rigor.

– Ordem concedida. Habeas Corpus nº 1.0000.14.078270-7/000 – COMARCA DE Ribeirão das Neves – Agravante(s): HELIS BARBOSA DO NASCIMENTO – Autori. Coatora: JD V EXEC CR COMARCA RIBEIRAO NEVES (g.n)

3.8 Ilegalidade da manutenção dos loucos infratores em unidades prisionais

Com a aplicação da medida de internação como regra e sem oitiva de rede psicossocial, diante da falta de vagas em Hospitais de Custódia e o não acolhimento do paciente pela rede de saúde pública em Hospitais Gerais, o paciente acaba isolado em unidades prisionais comuns.

A manutenção de pessoas com transtorno mental em unidades prisionais, além de ilegal, configura ato de tortura, retrocesso social e violação da dignidade da pessoa humana, pois o paciente passa a ser coisificado e isolado da sociedade.

Diz-se retrocesso social, pois ao manter uma pessoa com transtorno mental em unidade prisional, se está revertendo direitos fundamentais irreversíveis: direito à saúde, à liberdade, à igualdade e à dignidade.

Os locais de isolamento para tratamento de doenças mentais são proibidos, uma vez que o cidadão deve ser inserido na sociedade e tratado. A colocação dessas pessoas em prisões, nada mais é do que o ressurgimento dos locais de isolamento com piores condições de sobrevivência.

O portador de transtorno mental infrator deve ter a assistência à saúde mental prestada em estabelecimento de saúde mental, tanto em regime de tratamento ambulatorial, como em regime de internação.

É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtorno mental.



Prescreve o artigo 3º e 4º, parágrafo terceiro, da Lei 10.216 de 2001 (BRASIL, 2001):

Art. 3º. Lei 10.216/01. É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

(...)

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no §2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

As Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, aprovadas em Genebra pela ONU, em 1995, citada no art. 73 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, como a expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico do homem, na segunda parte, seção B, determina: “Os presos considerados dementes não deverão ficar detidos em prisões. Devem ser tomadas medidas para transferí-los, o mais rapidamente possível, para instituições destinadas a enfermos mentais”.

A Resolução 46/119, de 17 de dezembro de 1991, da ONU, sobre a proteção das pessoas com doenças mentais e a melhoria da assistência à saúde mental, possui 25 princípios. Dentre eles, os princípios que garantem tratamento, medicação e direitos e condições de vida em estabelecimentos de saúde mental.

No item “dos infratores da lei”, referida resolução, prevê no ponto n. 3, que a legislação nacional pode admitir que a autoridade competente admita a pessoa com transtorno mental em um estabelecimento de saúde mental. Nunca em unidade prisional.

DOS INFRATORES DA LEI

(...)

3. A legislação nacional poderá autorizar um tribunal ou outra autoridade competente a determinar, baseando-se em opinião médica competente e independente, que tais pessoas sejam admitidas em um estabelecimento de saúde mental.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução nº 05, em 04 de maio de 2004, dispondo a respeito das diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança, adequando-as à previsão contida na Lei Federal nº 10.216/2001, valendo citar as seguintes diretrizes:

3. O internado deverá ter acesso ao melhor tratamento consentâneo às suas necessidades, da mesma qualidade e padrão dos oferecidos ao restante da população.

(...)

5. **A medida de segurança deverá ser cumprida em hospital estruturado de modo a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer etc.**

(...)

A medida de segurança deve ser aplicada de forma progressiva, por meio de saídas terapêuticas, evoluindo para regime de hospital-dia ou hospital-noite e outros serviços de atenção diária tão logo o quadro clínico do paciente assim o indique. A regressão para regime anterior só se justifica com base em avaliação clínica.

O Superior Tribunal de Justiça, no informativo n. 537, já sinalizou a proibição da manutenção dessas pessoas em prisões.

DIREITO PENAL. ILEGALIDADE NA MANUTENÇÃO DE INIMPUTÁVEL EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL.

É ilegal a manutenção da prisão de acusado que vem a receber medida de segurança de internação ao final do processo, ainda que se alegue ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento. Com efeito, o inimputável não pode, em nenhuma hipótese, ser responsabilizado pela falta de manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança, por ser essa responsabilidade do Estado. Precedentes citados: HC 81.959-MG, Sexta Turma, DJ 25/2/2008; RHC 13.346-SP, Quinta Turma, DJ 3/2/2003; e HC 22.916-MG, Quinta Turma, DJ 18/11/2002. RHC 38.499-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 11/3/2014. (g.n)

No mesmo turno, o Supremo Tribunal Federal, em decisão indicada em Informativo n. 753, entendeu por bem converter a medida de segurança na modalidade internação em tratamento ambulatorial.

Medida de segurança: recolhimento em presídio e flagrante ilegalidade

A 2ª Turma não conheceu de “habeas corpus”, mas deferiu a ordem, de ofício, para determinar a **inclusão do paciente em tratamento ambulatorial, sob a supervisão do juízo da execução criminal**. No caso, a pena privativa de liberdade ao paciente (dois anos, um mês e vinte dias de reclusão) fora substituída por medida de segurança consistente em internação hospitalar ou estabelecimento similar para tratamento de dependência química pelo prazo de dois anos, e, ao seu término, pelo tratamento ambulatorial. Nada obstante, passados quase três anos do recolhimento do paciente em estabelecimento prisional, o Estado não lhe teria garantido o direito de cumprir a medida de segurança fixada pelo juízo sentenciante. A Turma destacou que estaria evidenciada situação de evidente ilegalidade, uma vez que o paciente teria permanecido custodiado por tempo superior ao que disposto pelo magistrado de 1º grau. Além disso, não teria sido submetido ao tratamento médico adequado. HC 122670/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 5.8.2014. (HC-122670) (g.n)

Com isso, é ilegal a manutenção de paciente em estabelecimento penal.

3.9 Atos de tortura

O Estado deve tomar medidas judiciais, administrativas, legislativas ou de outra natureza com o intuito de impedir atos de tortura, nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis e Degradantes, de 28 de setembro de 1984.

O artigo 1º da Convenção define tortura:

1. Para os fins desta Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa;



ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

Segundo a Convenção, são necessários três elementos para a caracterização da tortura: a) a infligência deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mental; b) a finalidade do ato (obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação, dentre outras); c) a vinculação do agente ou responsável, direta ou indiretamente com o Estado (PIOVEZAN, 2011, p. 266).

A prisão de pessoas com saúde mental comprometida em estabelecimentos prisionais superlotados e sem assistência médica gera infligência deliberada de intenso sofrimento físico e mental.

Ao submeter o paciente de medida de segurança à prisão, e não a tratamento em locais adequados, o Estado estaria punindo pessoas por atos que elas teriam cometido, violando a natureza da medida imposta e descumprindo decisão judicial.

Nos mesmos termos, prescrevem os artigos 2º e 3º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985.

Artigo 2. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Não estarão compreendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

Artigo 3. Serão responsáveis pelo delito de tortura:

a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam.

b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices.

O Brasil ratificou a Convenção da ONU contra a Tortura no dia 28 de setembro de 1989, promulgada pelo Decreto n. 40 de 1991; e a Convenção interamericana, em 20 de julho de 1989, com promulgação pelo Decreto 98.386, de 9 de dezembro de 1989.

Nos termos do artigo 2º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU, "*nenhuma circunstância excepcional, seja qual for, pode ser invocada como justificativa para a tortura*".

Posto isso, a falta de vagas em estabelecimentos adequados não pode ser utilizada como circunstância para justificar a tortura.

O artigo 1º da Lei 9.455 de 1997 define crime de tortura no Brasil e, no inciso II, não exige como elemento a vinculação do agente ou responsável, direta ou indiretamente com o Estado. O parágrafo primeiro do artigo dispõe que na mesma pena incorre quem submete pessoa sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio de ato não previsto em lei ou não resultante da medida legal (BRASIL, 1997).

Art. 1º. Lei 9.455 de 1997. Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosas;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

A manutenção da pessoa com transtorno mental, submetida à medida de segurança, em unidade prisional é ato não previsto em lei e não resultante da medida legal. Com isso, a prisão de pacientes que cumprem medida de segurança dentro de unidades prisionais superlotadas e sem tratamento médico é ato inegável de tortura.

3.10 Da dignidade da pessoa humana

Na concepção de Immanuel Kant citado por Sarlet (2009), a pessoa deve ser considerada um fim em si mesmo e não meio. A dignidade seria inerente a toda e qualquer pessoa humana.

Para Rizzatto Nunes, no livro *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, é “*necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana*” (2009, p.50).

Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, “*todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmas*” (2009, p.42).

Independentemente do seu conceito ou história, a dignidade da pessoa humana é intangível e fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

O artigo 1º da Declaração Universal da ONU de 1948 estabelece: “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade*”.

O item dois da Resolução 46/119 da Organização das Nações Unidas (ONU), discorre que: “*Todas as pessoas portadoras de transtorno mental, ou que estejam sendo tratadas como tal, deverão ser tratadas com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana*”.



O item 3 da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes da ONU, de 9 de dezembro de 1975, prescreve sobre a dignidade humana dessas pessoas, podendo abarcar parte das pessoas com transtorno mental, caso assim diagnosticadas:

3 – As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes, qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível.

Manter uma pessoa com sofrimento mental em unidade prisional, em estabelecimento inadequado ou sem tratamento extra-hospitalar prévio, é coisificar o ser humano, pois marginaliza o cidadão e o anula como sujeito de direitos. Realiza-se, assim, verdadeiro retrocesso social, com a volta do isolamento social e moral.

4 CONCLUSÃO

A pessoa com transtorno mental é um sujeito de direitos. Seu direito a tratamento e sua dignidade não são privados em razão da medida de segurança. O tratamento deve ser realizado, sem distinção, como seria para qualquer pessoa com transtorno mental. O único fator de diferenciação entre uma pessoa com transtorno mental e um louco infrator, é a fiscalização do estado.

Se a Lei n. 10.216 de 2001 é destinada, sem distinção, a todas as pessoas portadoras de transtorno mental, o artigo 4º, que prevê a internação como última e excepcional medida, deve também ser aplicado na medida de segurança.

Ainda, na execução da medida de segurança, para a manutenção da modalidade internação, o laudo de exame de cessação de periculosidade deve ser apresentado conjuntamente com laudos de equipe psicossocial.

O acompanhamento psicossocial, além de fundamental para a escolha do melhor tratamento, é essencial para a tentativa de manutenção do vínculo familiar do paciente.

Tudo isso porque o juiz deve oferecer o tratamento adequado de acordo com a indicação médica e psicossocial, pois são eles que decidem qual a terapêutica ideal a ser aplicada no caso concreto.

Se a perícia médica e a equipe indicar a internação, esta deve existir apenas ao tempo do surto, e em locais de saúde adequados, sob pena de institucionalizar a pessoa portadora de transtorno mental. De outro turno, se houver divergência nos laudos acerca do melhor tratamento terapêutico a ser aplicado, o juiz deve ouvir todos os profissionais e decidir a medida que mais garanta o direito de liberdade do paciente.

Diante da derrogação do Código Penal e Lei de Execução Penal, pela Lei 10.216 de 2001, a escolha terapêutica não é mais atrelada à espécie de pena do fato praticado descrito como crime, detenção ou reclusão. Leva-se em conta apenas o indivíduo portador de transtorno mental e suas necessidades e peculiaridades.

A segurança da sociedade não é verificada na escolha terapêutica. Entretanto, como existe a aplicação de medida de segurança, o Estado deve fiscalizar o cumprimento da medida, solicitando periodicamente laudos psicossociais, laudos médicos e outros laudos que entender cabíveis.

Referências

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. São Paulo: Geração, 2013.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **Aplicação da Reforma Psiquiátrica e da Política de Saúde Mental ao Louco Infrator**. Brasília: Revista Jurídica Consulex, 2010.

BRASIL, Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 de abril de 1997.

BRASIL, Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 de abril de 2001.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 de dezembro de 1940.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DPGE/RJ. **Enunciado da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. n. 15. Disponível em < www.portaldpge.rj.gov.rj >

FOUCAULT, Michael. **História da Loucura**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

_____. **O Nascimento da Clínica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

FONTES, Sandra. **Revista de Supervisão de Saúde Mental**. Belo Horizonte: ESP/MG, 2013.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura**. Brasília: ESMPU, 2008.

JÚNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **A Culpabilidade Integra o Conceito Analítico de Crime**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 21 de ago. de 2008. Disponível em < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5708/a_culpabilidade_integra_o_conceito_analitico_de_crime >

KOGA, Mario; FURAGETO, Antonia Regina Ferreira; SANTOS, Jair Licio Ferreira. **Opiniões da equipe e usuários sobre atenção a saúde mental num programa de saúde da família**. Ver Latino-am Enfermagem 2006 março-abril. Disponível em < www.eerp.usp.br/rlae http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n2/pt_v14n2a03.pdf >

MAGLIO, Maria Fernanda dos Santos. **A Lei nº 10.216/01, marco da reforma psiquiátrica no Brasil, derogou a parte geral do Código Penal e da Lei de Execuções Penais no que diz respeito à medida de segurança**. 10º Encontro de Execução Penal. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qbzyTfhg81UJ:www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TODAS%2520AS%2520TESES/10_IIEncontro_Execu%25C3%25A7%25C3%25A3oPenal.doc+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br >



MINAS GERAIS. Lei n. 11.802, de 18 de janeiro de 1995. **Diário Oficial do Estado**, Belo Horizonte, 18 de janeiro de 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1.
_____. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Rizzato. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVEZAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEQUEIRA, Sílvia Maria. **Medida de Segurança**. Revista do Nuspen, Rio de Janeiro, n. 1. Ideias para a construção de uma Execução Penal Democrática, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.



LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.14

A atuação do membro da Defensoria Pública no âmbito das execuções fiscais

Obstáculos ao acesso à justiça em relação à multa por infração às normas administrativas

LUCIANA LEÃO LARA¹⁶⁴

RONIVALDO ROBSON DO NASCIMENTO CHAVES¹⁶⁵

Resumo

O presente artigo percorre pelo estudo do acesso à Justiça, definindo-o, sob a ótica da processualística moderna, além de analisar a sua previsão no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, com o viés de introduzir a atuação do Defensor Público nas Execuções Fiscais, tendo por objeto a cobrança de multa por obra/construção irregular. Nesse contexto, são identificados alguns obstáculos que impedem o efetivo acesso à ordem jurídica justa por parte do assistido da Defensoria Pública e que deverão ser questionados no exercício de nossas atribuições institucionais.

Palavras-chave: Acesso à Justiça – Devido Processo Substancial – Execução Fiscal – Multa por infração às normas administrativas – Lançamento – Notificação pessoal – Exigibilidade do crédito – Suspensão – Depósito prévio e integral – Obstáculo.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei Complementar Federal nº 132, de 7 de outubro de 2009,¹⁶⁶ as atribuições exercidas pelo membro da Defensoria Pública ganharam especial relevância nos cenários nacional e internacional.

¹⁶⁴ Defensora Pública do Estado de Minas Gerais. Titular da 2ª Defensoria Fazendária Municipal da Comarca de Belo Horizonte. Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte. Professora de Direito Administrativo da Faculdade Pitágoras – Cidade Acadêmica, Belo Horizonte/MG.

¹⁶⁵ Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Titular da 3ª Defensoria Fazendária Municipal da Comarca de Belo Horizonte/MG.

¹⁶⁶ Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060/50, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009);

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009);



A evolução da sociedade contemporânea, aliada às mudanças no sistema jurídico interno,¹⁶⁷ demandam novos paradigmas de atuação por parte dos Defensores Públicos, tanto no âmbito judicial, quanto na solução extrajudicial de conflitos.

A assistência jurídica prestada ao hipossuficiente não mais se limita ao aspecto econômico. O estado de vulnerabilidade, a que se submetem vários grupos sociais, reclama por uma especial proteção do Estado, tal como o amplo acesso à Justiça, considerado não apenas sob o enfoque meramente formal (acesso ao Poder Judiciário), mas, sobretudo, à garantia de acesso à ordem jurídica justa.

No exercício de nossas atribuições institucionais perante as Varas Fazendárias da Comarca de Belo Horizonte, observamos uma crescente demanda relativa às questões afetas ao direito social à moradia, sobretudo, no tocante ao ajuizamento de execuções fiscais, tendo por objeto a cobrança de multas, em razão de obra/construção irregular.

Diante desse contexto, notamos a necessidade de questionarmos algumas decisões judiciais que, para fins de concessão da tutela antecipada, condicionam a suspensão de tais multas ao depósito prévio e integral de seus respectivos valores, e que certamente obstará, aos nossos assistidos, o efetivo acesso à Justiça.

De igual forma, a existência de outros obstáculos, que dificultam o acesso a uma ordem jurídica justa, exige, por parte do membro da Defensoria Pública, especial atenção, sobretudo no tocante aos atos administrativos praticados pelo Poder Público no exercício das atribuições do poder de polícia.

No presente trabalho, enfatizamos, inicialmente, o significado atual e o alcance da garantia do acesso à Justiça, que, na condição de direito fundamental, demanda aplicação imediata, independentemente de concretização legislativa.

Em seguida, passamos a abordar a atuação do membro da Defensoria Pública nas execuções fiscais, especialmente no tocante aos créditos de natureza não tributária, a exemplo da multa por obra/construção irregular, tema de nosso artigo.

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009);

(...);

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009);

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009);

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009);

(...);

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009);

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009);

(...).

¹⁶⁷ A Emenda Constitucional nº 45/2004, intitulada “Reforma do Judiciário” acrescentou o §2º ao art. 134 da CR/88, assegurando às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa, além da iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Verificamos, na prática, a existência de certas irregularidades, no decorrer do processo administrativo, que poderão ensejar a cobrança indevida do crédito de natureza não tributária, e, por conseguinte, a nulidade da própria Certidão de Dívida Ativa (CDA), cujo título deverá ser questionado em sede de embargos à execução fiscal, desde que garantido o juízo, ou até mesmo por meio da ação anulatória.

Por meio do presente trabalho, procuramos enfatizar algumas questões vivenciadas no cotidiano das Varas Fazendárias Municipais da Comarca de Belo Horizonte, no intuito de fortalecer a nossa atuação institucional, de modo a garantir aos assistidos da Defensoria Pública o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

2 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DO ACESSO À JUSTIÇA – CONCEPÇÃO ATUAL

As discussões doutrinárias acerca do acesso à Justiça ganharam relevância com a publicação da clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garh,¹⁶⁸ cujas ideias influenciaram diversos processualistas brasileiros.

Segundo renomados autores, o conceito de acesso à Justiça sofreu uma transformação importante na evolução dos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, para as sociedades modernas, na medida em que passou a ser reconhecido como um direito fundamental, inerente ao próprio Estado Democrático de Direito.

Para o processualista, Alexandre Freitas Câmara,¹⁶⁹ o acesso à Justiça deve ser analisado “*como um processo justo, em que seja assegurado um tratamento isonômico, em um contraditório equilibrado, no qual se almeje um resultado efetivo, adaptado aos princípios e postulados da instrumentalidade do processo*”.

A tutela jurisdicional deixa, portanto, de ser um direito de cunho meramente formal (direito de invocar a Jurisdição) e passa a ser compreendido como um direito ao acesso efetivo a uma ordem jurídica justa. Na lição de Cintra *et al*:¹⁷⁰

(...) para que haja o efetivo acesso à Justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (...), mas, para a integralidade do acesso à Justiça, é preciso isso e muito mais.

(...) Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.

¹⁶⁸ CAPPELLETTI e GARTH, 1988.

¹⁶⁹ CÂMARA, 2003, p. 39.

¹⁷⁰ CINTRA, *et al*, 2003, p. 33.



Ainda nos dizeres de Cappelletti e Garth,¹⁷¹ o acesso à Justiça é tido como requisito fundamental. Nesse sentido:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. 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.

O interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou, segundo relatam os autores supracitados, a um movimento para soluções práticas, iniciado em 1965, com a existência do que se denominou de “ondas renovatórias”.

A primeira onda desse movimento pretendia garantir a assistência judiciária gratuita, de forma que todos, tivessem ou não condições econômicas, poderiam demandar perante os órgãos jurisdicionais. Nesse contexto, assegurou-se pleno acesso dos hipossuficientes econômicos, cabendo menção ao advento da Lei nº 1060/50¹⁷² e, posteriormente, ao art. 5º, LXXIV, da CR/88, o qual assegura que o *Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*.

A segunda onda buscou assegurar a proteção aos interesses metaindividuais, com a tentativa de se descobrir meios de proteção dos direitos difusos, essenciais para a adequada garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma a efetivar a preservação do meio ambiente, patrimônio cultural, histórico e artístico, a garantia de moralidade administrativa, entre outros direitos que ultrapassem a esfera individual.

A terceira onda refere-se a um novo enfoque de acesso à Justiça, sob o prisma do jurisdicionado e não do Estado. Nesta fase, são tratadas questões como a reforma do Judiciário, informalidade dos procedimentos, meios paraestatais de solução dos conflitos, “sucedâneos da jurisdição”.

Com todas estas reformas, buscou-se melhorar não apenas a estrutura processual e física do Poder Judiciário, visando à efetivação do direito de acesso à Justiça que, juntamente com os movimentos sociais da época, contribuíram para a incorporação de novas garantias e direitos na Constituição Cidadã de 1988.

3 A PROTEÇÃO NORMATIVA DO ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O acesso à Justiça, além de integrar a base do Estado Democrático de Direito, encontra, como principal parâmetro normativo, o art. 5º, XXXV,¹⁷³ da Constituição da República de 1988.

¹⁷¹ Cf. CAPPELLETTI e GARTH, *Op., cit.*, p. 11-12

¹⁷² Estabelece normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados.

¹⁷³ 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, liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: (...);

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Trata-se do princípio da Proteção Judiciária, também conhecido por princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, que, combinado com o devido processo legal art. 5º, LIV),¹⁷⁴ o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV),¹⁷⁵ além da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII),¹⁷⁶ constituem algumas das principais garantias processuais.

Alguns doutrinadores¹⁷⁷ identificam, como base primária do princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, o art. 5º, XXXV, da CR/88, associando-o com o direito de ação *latu senso*. Para esta corrente, a garantia do devido processo legal é definida como conteúdo do direito de acesso à Justiça.

Já para outra corrente,¹⁷⁸ o acesso à Justiça não é visto apenas em um sentido processual formal (contraditório, ampla defesa, juiz competente, sentença motivada, dentre outras garantias), mas se refere, também, ao devido processo substancial.

De acordo com Alexandre Freitas Câmara,¹⁷⁹ referido princípio deve ser tratado à luz do devido processo legal, em seu aspecto substancial (ou material), este entendido como uma garantia ao trinômio “vida-liberdade-propriedade”, por meio do qual se assegura que a sociedade somente se submeta a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da população, demonstrando assim a sua finalidade social.

A garantia substancial do devido processo legal deve ser entendida, portanto, como uma garantia de “acesso à ordem jurídica justa”,¹⁸⁰ que ultrapasse o mero acesso formal, para fins de alcançar uma dimensão ampla e abrangente. Nesse contexto, insere-se, na visão de Kazuo Watanabe, o direito à assistência jurídica integral e gratuita, assegurada no art. 5º, LXXIV,¹⁸¹ além do art. 134,¹⁸² ambos da Constituição da República de 1988.

¹⁷⁴ LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁷⁵ LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁷⁶ LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
(...).

¹⁷⁷ CINTRA, et al. *Op cit*, p. 87. “O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como o direito de acesso à Justiça para a defesa de direitos individuais, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais. É a seguinte a redação do inc. XXXV do art. 5º, ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário leão ou ameaça a direito’ ”.

“(…) Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia do acesso à Justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal” (p. 90).

¹⁷⁸ Segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, o devido processo legal constitui postulado fundamental do direito constitucional (gênero), do qual derivam todos os outros princípios (Constituição Federal comentada e legislação constitucional, p. 182). In: BLANCO, 2012, p. 179.

¹⁷⁹ CÂMARA, 2003, p. 33-34.

¹⁸⁰ WATANABE, Kazuo, 1985, p.163.

¹⁸¹ Art. 5º (...).
(...).

LXXIV – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

¹⁸² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXXIV.



Com efeito, da simples leitura dos dispositivos em referência, podemos afirmar que acesso à Justiça possui *status* de direito fundamental, cuja definição, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 80),¹⁸³ constitui:

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal.

Com maior profundidade, Nunes Jr.¹⁸⁴ discorre:

Podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).

Importa consignar, ainda com referência às lições do mestre, Ingo W. Sarlet, que os direitos e garantias fundamentais têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988.¹⁸⁵

Para Pérez Luño¹⁸⁶, a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Nesse contexto, partindo-se da premissa de que as normas constitucionais são dotadas de certo grau de eficácia jurídica, dúvidas não restam de que toda a atividade estatal e os órgãos públicos encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes “um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de se abster de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for a sua procedência.”¹⁸⁷

¹⁸³ Referida definição, como bem observa Wolfgang Sarlet (1998, p. 80-81), de cunho genérico e universal, somente parece viável, à medida que permita a sua adaptação à luz do direito constitucional positivo. Ainda segundo renomado autor, uma conceituação de cunho descritivo e que contenha referenciais indicativos do efetivo conteúdo dos direitos fundamentais somente parece viável à luz do direito positivo e após identificados os elementos constitutivos da matéria dos direitos fundamentais.

¹⁸⁴ NUNES Jr., 2009, p. 15.

¹⁸⁵ 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;

(...).

¹⁸⁶ Cf. LUÑO, p. 318. In: SARLET, *Op.cit.* p. 110.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 110.

4 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme dispõe o art. 5º, §1º, da Constituição Cidadã de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O significado e o alcance da norma em voga é matéria controvertida em relação às diversas categorias de direitos fundamentais. As diferentes concepções encontradas, em regra, variam entre os doutrinadores que sustentam que boa parte dos direitos fundamentais alcança a sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei¹⁸⁸, e aqueles que sustentam que, até mesmo as normas programáticas, podem ensejar o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.¹⁸⁹

Sem adentrarmos ao mérito das divergências acima referidas, o que certamente excederia o tema proposto, importa salientar que a norma contida no art. 5º, §1º, da CR/88, além de impor aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.

Cumprir lembrar que os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos a prestações.

No que concerne aos direitos de defesa, integrados, principalmente, pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos, entre outros, a norma contida no art. 5º, §1º, da CR/88, tem por objetivo precípuo oportunizar a aplicação imediata desses direitos, independentemente de concretização legislativa.

Já em relação aos direitos a prestações (positivados, em regra, sob a forma de normas programáticas),¹⁹⁰ por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, existem divergências em relação à sua aplicabilidade imediata.

Nesse contexto, oportuna a lição do constitucionalista português, José Carlos Vieira de Andrade (1987, p. 256-257),¹⁹¹ acerca do tema em referência:

O princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido.

¹⁸⁸ Esta é a lição, entre outros, de J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 124-126. Assim também J.C Nabais, *Os Direitos Fundamentais*, p.10-2. In: SARLET, *Op.cit.* p. 237.

¹⁸⁹ Neste sentido posicionam-se, entre outros. E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 322 e ss. e R. R. Ruschel: AJURIS n. 58 (1993), p. 294 e ss. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 238.

¹⁹⁰ Importa consignar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal (STF), em importante precedente sobre o tema em pauta, por meio de uma decisão monocrática proferida em 31 de janeiro de 1997, pelo Ministro Celso de Mello, quem, após reconhecer a eficácia da norma que consagra o direito à saúde, realizou uma ponderação, afastando o argumento da impossibilidade de cumprimento da decisão em face do ônus financeiro que iria causar ao Poder Público, *verbis*: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica com o direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.” (STF, Pet 1246 MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/02/1997).

¹⁹¹ ANDRADE, José Carlos de. 1987, p. 256-257.



Com efeito, considerando que o direito de acesso à Justiça constitui direito fundamental de defesa (direito-garantia), a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos Juízes e Tribunais que apliquem as respectivas normas ao caso concreto, de modo a assegurar a sua plena efetividade.

5 A ATUAÇÃO DO MEMBRO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO DAS EXECUÇÕES FISCAIS

No âmbito das Execuções Fiscais, a atuação do membro da Defensoria Pública destina-se à defesa judicial das cobranças de créditos de natureza tributária ou não, inscritos em dívida ativa.

Na precisa lição de Hugo de Brito Machado,¹⁹² podemos conceituar o crédito tributário como o *vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou o responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)*.

O próprio Código Tributário Nacional (CTN), em seu artigo 3º, contempla uma definição do conceito de tributo:

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Importa observar, no entanto, que o caráter não sancionatório do tributo, conforme se extrai da própria definição legal supra, é fator essencial que o distingue da multa, pois embora esta também consista em uma prestação pecuniária compulsória, com aquele não se confunde, por ostentar a natureza de sanção.

Toda a execução fiscal, que tem por objeto a cobrança de crédito tributário ou multa, seja esta decorrente de infração às normas tributárias ou administrativas, deverá preceder ao respectivo lançamento e à sua inscrição em dívida ativa.

Em que pese as várias divergências doutrinárias acerca da eficácia do lançamento (constitutiva, declaratória ou mista),¹⁹³ vale ressaltar que este, na prática, como bem observa Luciano Amaro:¹⁹⁴

¹⁹² MACHADO, 2003, p. 151.

¹⁹³ No tocante à eficácia do lançamento, existem 3 correntes:

1ª) Constitutiva – a obrigação tributária e o crédito tributário nascem com o lançamento e não com o fato gerador. Baseia-se no art. 142 do CTN.

2ª) Declaratória – com a ocorrência do fato gerador há também o surgimento da obrigação e do crédito tributário. O lançamento apenas formaliza o nascimento do fato gerador e a ocorrência da obrigação tributária. Baseia-se no art. 113, parágrafo primeiro do CTN.

3ª) Mista – lançamento com natureza declaratória da obrigação e constitutiva do crédito. Quando ocorre o fato gerador, nasce a obrigação, mas é só com o lançamento que nasce o crédito tributário. Art. 142 do CTN.

¹⁹⁴ AMARO, 1997, p. 311.

consiste em um específico ato jurídico, que se reflete em um escrito formal, do qual se deve dar ciência ao sujeito passivo, a fim de que este fique adstrito a, no prazo assinalado (no próprio documento ou na lei), satisfazer o direito do credor, sob pena de serem desencadeados os procedimentos tendentes à cobrança via constrição judicial.

De acordo com o entendimento de Alberto Xavier,¹⁹⁵ constitui o lançamento um *título jurídico abstrato da obrigação tributária*, com função de *ato complementar*, do qual depende a plena intensidade dos efeitos do fato gerador.

Ainda segundo renomado autor, não obstante efetuado o lançamento, o sujeito passivo tem o direito de discutir a própria existência da obrigação subjacente, o que comprometeria a autonomia do título abstrato. Neste sentido, devemos distinguir a circunstância jurídica subjacente, nascida com o fato gerador, e a situação jurídica abstrata, surgida com o lançamento, por se tratarem de acontecimentos autônomos.

5.1 A crescente demanda pela cobrança de multa em virtude de obra/construção irregular – obstáculos ao efetivo acesso à Justiça

Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza não tributária, a exemplos das multas decorrentes de infração às normas administrativas, aplica-se o procedimento disposto na Lei 6.830 de 22 de setembro de 1980¹⁹⁶ (LEF) e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

A crescente demanda pela efetivação do direito social à moradia (art. 6º, *caput*, da CR/88), conjugada à falta de recursos financeiros para a contratação de profissionais habilitados, visando à construção e/ou à regularização de obras, têm ocasionado, por parte dos Municípios, a aplicação de multas de elevado valor aos administrados.

Não se pode olvidar que o regime jurídico, a que se submete a Administração Pública, é composto de prerrogativas e sujeições, sendo aquelas destinadas a assegurar meios para a consecução de suas atividades. Estas, por sua vez, constituem limites à própria atividade estatal.

Com efeito, uma das prerrogativas, de que se vale a Administração Pública para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse coletivo, constitui-se no poder de polícia, cuja definição legal encontra-se disposta no artigo 78 do Código Tributário Nacional (CTN), *in verbis*:

considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

¹⁹⁵ XAVIER, São Paulo, 1977, p. 211-291. In: MACHADO, São Paulo, 2003, p. 315.

¹⁹⁶ Dispõe sobre a cobrança judicial de Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.



Todas as sanções decorrentes do poder de polícia devem estar previstas em lei, sendo que a imposição destas depende de prévio processo administrativo, cuja referência constitui requisito indispensável à regularidade da Certidão de Dívida Ativa (CDA) (art. 2º, §5º, VI, da Lei 6.830/80).¹⁹⁷

Oportuno registrar, no entanto, que, embora não seja dada a devida publicidade ao administrado, por ocasião da notificação, compete ao Poder Público assegurar às famílias de baixa renda assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social, em cumprimento às normas dispostas na Lei Federal nº 11.888, de 24 de dezembro de 2008.¹⁹⁸

Certamente, a partir do momento em que a Administração Pública inscreve o débito do particular em dívida ativa (a exemplo da multa por obra irregular) e ajuíza a respectiva execução fiscal, presume-se que já houve a instauração do devido processo administrativo, com os meios e recursos a ele inerentes (art. 5º, inciso LV, da CR/88).

Com efeito, o que se percebe, na prática, ao analisar os autos do processo administrativo, é a existência de certas irregularidades durante o trâmite procedimental, que culminará na aplicação indevida da multa ao administrado e/ou na própria exigibilidade do crédito de natureza não tributária. Há se distinguir, portanto, a ocorrência de duas fases distintas que deverão anteceder ao ajuizamento da execução fiscal.

A primeira fase refere-se à formalização do auto de infração, o qual deverá conter, dentre outros requisitos: I – a identificação do infrator; II – a descrição da infração, com a indicação do dispositivo legal correspondente; III – o prazo indicado para que o administrado sane a irregularidade.

De acordo com o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte,¹⁹⁹ o infrator deverá ser notificado da lavratura da autuação por meio da entrega de cópia do documento de autuação ou por edital (art. 321).

Ainda segundo aludido diploma legal, a entrega de cópia do documento de autuação poderá ser feita pessoalmente ao infrator ou a seu representante legal, podendo também ser feita pelo correio (art. 321, §1º).

¹⁹⁷ Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

(...).

Art. 2º – Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...).

§5º – O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

(...).

VI – o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

¹⁹⁸ Assegura às famílias de baixa renda assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social e altera a Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2008.

No âmbito do Município de Belo Horizonte, foi publicada a Lei Municipal nº 8.758, de 16 de janeiro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 11.709, de 13 de maio de 2004, que institui o serviço de arquitetura e engenharia públicas.

¹⁹⁹ Lei Municipal nº 8.616, de 14 de julho de 2003, regulamentada pelo Decreto nº 14.060/2010.

A despeito de o artigo em comento conferir à Administração Pública Municipal discricionariedade no tocante à forma de notificação da lavratura do auto de infração, entendemos que a notificação editalícia somente poderá ser realizada após a tentativa de cientificação pessoal do autuado, sob pena de grave cerceamento de defesa.

De toda a sorte, a exemplo da aplicação de multa por infração à legislação de trânsito, a expedição de notificação do auto de infração não prescinde da notificação da penalidade imposta ao administrado. Nesse sentido, dispõe a Súmula 312 do STJ: “*No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração*”.

Caberá, portanto, ao membro da Defensoria Pública, seja em sede de embargos à execução fiscal (art. 16, *caput*, III) da LEF, seja por meio da ação anulatória, ambos distribuídos por dependência à execução fiscal já em curso,²⁰⁰ perquirir se houve, de fato, a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, nos moldes acima dispostos, conforme preconiza a Constituição Cidadã de 1988 (art. 5º, LV).

Ultrapassada esta primeira fase administrativa, não havendo o deferimento de eventual recurso interposto pelo autuado ou o pagamento espontâneo da multa, inicia-se uma nova etapa, por meio do lançamento, cuja formalização constitui requisito indispensável à exigibilidade do crédito.

De igual forma às notificações anteriores, deverá o Defensor Público observar se o ente público procedeu de forma regular ao notificar o administrado acerca do lançamento em questão, não podendo ser atribuída a este o ônus probante de tal fato.

Em recente julgado proferido pelo então magistrado de 1ª instância da Comarca de Belo Horizonte e atual Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas (TJMG), Dr. Renato Luis Dresch,²⁰¹ no tocante à prova de notificação do lançamento, restou assim decidido:

Embora o Código Tributário Municipal (Lei nº 1.310/66) estabeleça, no seu artigo 21, a notificação por edital publicada no órgão municipal, o entendimento de que a autoridade fazendária possui discricionariedade para realizar alternativamente a notificação pessoal ou por edital ofende os princípios do contraditório e da ampla (CF, art. 5º, LV).

É sabido que as publicações nos Diários Oficiais, ou mesmo a publicação de editais em jornais, constituem atos de mera formalidade contemplada pela teoria da ficção, que não importa efetiva ciência da comunicação a que se destina.

(...).

A notificação editalícia somente se admite em casos excepcionais, quando for infrutífera a tentativa de notificação pessoal. Não basta a expedição de edital. Cabe à Fazenda Pública provar que a guia de lançamento efetivamente foi entregue no domicílio do contribuinte, inclusive com a advertência quanto ao prazo para defesa. [grifamos]

²⁰⁰ Por meio da decisão monocrática proferida nos autos do Agravo de Instrumento de nº 1.0024.14.151.695-5/001, interposto, por J.D.B, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, decidiu o eminente relator, Des. Rogério Coutinho, pelo provimento do recurso, nos termos do art. 557, §1º-A, do CPC, para reconhecer a conexão dos processos, bem como determinar a regular tramitação da Ação Anulatória de Débito Fiscal perante a 3ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte. Decisão disponível no JPe em 11/06/2015.

²⁰¹ Decisão proferida nos autos dos Embargos à Execução Fiscal de nº 0521495-80.2013.8.13.0024, em trâmite perante a 4ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, interpostos por A.L.L, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Publicada em 02/04/2014.



A fim de corroborar o entendimento acima exposto, cumpre-nos trazer à colação importante precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ),²⁰² que também se aplica à matéria em voga, embora se trate de crédito de natureza tributária:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPTU. LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NOTIFICAÇÃO. EDITAL. EXCEPCIONALIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 387 DO STJ. VERIFICAÇÃO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Nos termos do art. 145 do CTN, o contribuinte deverá ser notificado pessoalmente e por escrito do lançamento do crédito tributário, somente sendo permitida a notificação por edital quando se encontrar em lugar incerto e não sabido. 2. Não é possível, no caso, a aplicação do entendimento exposto na Súmula 39 do STJ (O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço), porquanto estabelecido na instância a quo que não há provas da remessa do carnê. Nessas circunstâncias, a verificação dos aspectos fáticos-probatórios da causa esbarra no óbice a Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.

É cediço que a Fazenda Pública comparece com inúmeras prerrogativas em juízo, sendo despidendo mencionar a questão dos prazos diferenciados, a forma de pagamento por meio de precatórios, a intimação pessoal nas execuções fiscais, além da existência de leis²⁰³ restritivas à concessão da tutela de urgência.

Por certo, uma interpretação meramente literal da Lei de Execução Fiscal (LEF) conduz, de forma insofismável, a grandes obstáculos ao acesso à Justiça. Isso porque, partindo das reflexões supramencionadas, referida garantia não pode ser vista sob um parâmetro meramente formal. Ao contrário, por se tratar de um direito fundamental, caberá ao Poder Judiciário, conforme já ressaltado, assegurar a sua máxima eficácia.

Logo, não poderá o membro da Defensoria Pública deixar de questionar, em juízo, decisões que condicionam a antecipação de tutela, para fins de suspensão de multa por obra irregular, à garantia do Juízo, sem maiores reflexões sobre a possibilidade de danos irreparáveis ou de difícil reparação aos nossos assistidos.

Nesse sentido, pedimos vênha para transcrever o seguinte trecho de recente julgado, exemplificativo de tal postura:

(...) Logo, ante a ausência de depósito preparatório, inviável a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Ressalte-se que o fato de estar sob o pálio da assistência judiciária gratuita não o desonera da garantia do juízo, podendo, inclusive, oferecer o próprio imóvel em garantia.

A conta de tais fundamentos, indeferido a antecipação de tutela requerida (...). (fl. 53).²⁰⁴

²⁰² STJ – AgRg no REsp 1233778/MG – Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0013464-2, Relator (a) Ministro Teori Albino Zavascki. Órgão Julgador T1 – Primeira Turma. Data do Julgamento 23/08/2011. Data da publicação/Fonte: DJe 30/08/2011. (grifamos).

²⁰³ Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.

Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, e dá outras providências.

Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, e dá outras providências.

²⁰⁴ Decisão proferida nos autos da ação anulatória de nº 0024.15.007.013-4, em curso perante a 6ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, disponível em 19/01/2015.

Importa observar que o indeferimento da antecipação de tutela, no caso *sub judice*, decorreu de uma interpretação literal do art. 38 da LEF, cujo teor se encontra abaixo transcrito:

*Art. 38. (...).
A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido de juros e multa de mora e demais encargos.*

Por certo, decisões que não enfrentam a possibilidade de ameaça a direito da parte negam vigência ao art. 5º, XXXV, da Carta Magna, além de constituir óbice à garantia ao acesso à Justiça. Na hipótese de pessoas hipossuficientes, assistidas pela Defensoria Pública e beneficiária da justiça gratuita, torna-se ainda mais inaceitável exigir-lhes caução, ou mesmo que entregue, em garantia, o próprio imóvel residencial.

Com efeito, exigir-lhes a caução, para fins de obter a antecipação de tutela, seria o mesmo que negar-lhes (1) o acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, CF/88); (2) o direito fundamental à assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV, CF/88); (3) o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (da qual decorre o direito às tutelas de urgência e de evidência – 5º, XXXV, LXXVIII, CF/88); (4) além do direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CR/88).

Em oportuno comentário à caução geral referida no art. 804 do Código de Processo Civil, nos casos em que a parte beneficiária da tutela jurisdicional efetiva é hipossuficiente, Márcio Louzada Carpena,²⁰⁵ assim se manifestou:

Nas hipóteses, por exemplo, em que o requerente da tutela de urgência é pessoa pobre, a exigência de caução contracautelar para deferimento da medida postulada representará, de fato, negação de acesso a este tipo de tutela jurisdicional – o que, por evidente, não pode ser admitido, já que a prestação jurisdicional efetiva não pode ser privilégio dos ricos.

Há que se registrar, outrossim, que a concessão da antecipação de tutela, para fins de suspensão de multa, condicionada, em regra, ao depósito do montante integral, tem por fundamento, no entendimento da Justiça Mineira,²⁰⁶ o art. 151, II, do CTN.²⁰⁷

No entanto, por se tratar de crédito de natureza não tributária, aplicam-se as normas dispostas na Lei nº 8.630/80 (LEF) que, em seu artigo 4º, §4º, assim estabelece:

²⁰⁵ CARPENA, São Paulo. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/da-caucao-pronto.pdf>. Acesso em 29 jun. 2015.

²⁰⁶ Ementa: Agravo de Instrumento – Ação Anulatória – Suspensão de crédito não tributário – multa administrativa – antecipação de tutela – depósito integral – sobrestamento da exigibilidade – possibilidade – recurso não provido. 1. Na ação anulatória de multa administrativa, o depósito integral do seu valor suspende a exigibilidade do crédito, conforme interpretação analógica do art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional. 2 (...). Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.248609-1/002. Des. Áurea Brasil. 5ª Câmara Cível. Data de julgamento: 12/02/2015. Data da publicação da súmula: 24/02/2015.

²⁰⁷ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – (...);

II – o depósito do seu montante integral;

(...).



*Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra:
(...).*

§4º Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos arts. 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional.

Com efeito, nota-se que não há previsão legal, em se tratando da execução de multa por infração às normas administrativas – que não se confunde com o crédito de natureza tributária – condicionar a suspensão da exigibilidade do crédito ao depósito integral (art. 151, II, do CTN), como equivocadamente referem-se algumas decisões judiciais em relação à matéria em voga.

De toda a sorte, não poderíamos deixar de mencionar que, com a edição da Súmula Vinculante nº 28,²⁰⁸ de 17/02/2010, o Supremo Tribunal Federal (STF)²⁰⁹ reconheceu a possibilidade de acesso à Justiça em matéria tributária, de forma dissociada da prévia necessidade de garantia do juízo.

Trata-se de relevante parâmetro jurisprudencial, na medida em que afasta uma interpretação meramente literal do art. 151, II, do CTN e dá inegável relevância ao acesso à justiça em seu aspecto substancial.

Em comentário sobre a Súmula Vinculante nº 28, Francisco Falconi²¹⁰ faz as seguintes considerações:

A exigência de depósito prévio como requisito para o manejo de ações viola o princípio do acesso à justiça, consubstanciado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. O precedente básico da súmula é a ADI nº 1074, na qual o STF entendeu inconstitucional o art. 19 da Lei n. 8.870/94, que impõe o depósito prévio do valor supostamente devido como condição à propositura de eventual ação que tenha por objeto discutir a dívida com o Fisco. Para a Suprema Corte, essa exigência cria uma barreira ao acesso ao Poder Judiciário. (Cf. ADI 1074, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-023). Observe-se que, a partir de um único acórdão, foi elaborada uma súmula vinculante. Nitidamente, a intenção do Pretório Excelso foi atribuir efeitos de caráter vinculante e erga omnes aos fundamentos dessa decisão, dando-lhe caráter transcendente. Assim, toda e qualquer lei que exija depósito prévio como condição ao conhecimento de ação tendente a questionar o crédito tributário é inconstitucional.

Portanto, com a edição da referida Súmula Vinculante, toda ação judicial que pretende discutir a exigibilidade do crédito tributário admite a tutela de urgência, desde que presentes os requisitos de urgência e relevância.

²⁰⁸ É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretende discutir a exigibilidade de crédito tributário.

²⁰⁹ “4. No julgamento da medida cautelar, o Ministro Francisco Resek afirmou (fls. 45/46): ‘(...) o que o dispositivo impugnado institui importa cerceamento do direito à tutela jurisdicional. O artigo determina que a admissão de ‘ações judiciais’ que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS se condiciona – obrigatoriamente – ao depósito preparatório do valor do débito, cuja legalidade está discutida. Está claro que o (sic) a norma cria seria restrição à garantia de acesso aos tribunais (artigo 5º, XXXV, da CF). O que se pretende, à primeira vista, é assegurar a eventual execução. Nesta trilha, a norma não representaria grande novidade em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, o que a singulariza é a restrição vestibular e ponderável do acesso ao Poder Judiciário. A necessidade do depósito, tal como aqui lançado, limitará o próprio acesso à primeira instância. Da garantia de proteção judiciária decorrem diversos princípios tutelares do processo – o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outros – e o depósito aqui exigido poderá em muitos casos inviabilizar o direito de ação.’ (ADI 1.074-3, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 28/03/2007, DJ de 25/05/2007).

²¹⁰ FALCONI, 2010. Disponível em <https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/04/02/comentarios-as-sumulas-vinculantes-28-29-e-31>. Acesso em 30 jun./2015.

6 CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, verificamos que o direito de acesso à Justiça, em sua concepção atual, não abarca somente a garantia à tutela jurisdicional, mas se refere a uma dimensão mais ampla e abrangente, que tem por base o devido processo legal, em seu aspecto processual e material.

A garantia do acesso à Justiça fundamenta-se no próprio Estado de Direito, que tem por alicerce, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da Carta Cidadã de 1988.

Não se pode olvidar, outrossim, que o acesso à “ordem jurídica justa” constitui um dos instrumentos mais importantes para se alcançar a verdadeira justiça social, cabendo ao membro da Defensoria Pública, no exercício das atribuições institucionais, garantir a sua imediata efetivação, em prol dos hipossuficientes econômicos e dos socialmente vulneráveis.

A crescente demanda pela efetivação do direito social à moradia, conjugada à falta de recursos financeiros para a contratação de profissionais habilitados, para fins de construção e/ou regularização de obras, têm ocasionado, por parte do Poder Público Municipal, a aplicação de multas de elevado valor aos assistidos da Defensoria Pública e, por conseguinte, a inscrição do débito fiscal em dívida ativa.

Nesse contexto, encontramos alguns obstáculos que impedem, aos nossos assistidos, a garantia de acesso à Justiça, na medida em que decisões judiciais condicionam a suspensão da multa ao depósito de seu montante integral, independentemente da análise dos requisitos ensejadores da tutela.

A atuação do membro da Defensoria Pública, no âmbito das execuções fiscais, não mais se limita à função atípica de Curador Especial, com as prerrogativas que lhe são inerentes.²¹¹ Faz-se necessário, no caso, perquirir, por meio da análise dos autos do processo administrativo, a existência de eventual nulidade que certamente repercutirá na formalização do título executivo extrajudicial.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

BLANCO, Carolina Souza Torres. O direito de acesso à justiça nas jurisprudências interamericana e brasileira; uma análise comparativa. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCl**, ano 20, n. 80, julho-setembro, p. 175-205, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 8. ed., revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. I.

²¹¹ A regra do ônus da impugnação especificada dos fatos disposta no artigo 302 do Código de Processo Civil não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público (art. 302, parágrafo único, do CPC).



CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da caução**. In: MACHADO, Costa e VEZZONI, Marina (org). Processo Cautelar Estudos Avançados. São Paulo: Manole. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/da-caução-pronto.pdf>. Acesso em 29 jun. 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FALCONI, Francisco. **Comentários às Sumulas Vinculantes 28, 29 e 31**. Disponível em: <https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/04/02/comentarios-as-sumulas-vinculantes-28-29-e-31>. Acesso em 30.06.2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NUNES, Jr. Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WATANABE, Kazuo. Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causa. In: **Juizado Especial de Pequenas Causas**. Coordenação de Kazuo Watanabe, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.



Parte Primeira: LIVRO I – DOS ARTIGOS JURÍDICOS

1.15

A responsabilidade estatal pela má prestação dos serviços de saúde:

O dano moral coletivo e a situação do município de Divinópolis, MG

RAFAEL HENRIQUE DE MAGALHÃES SOUZA²¹²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O manejo da saúde pública é um desafio dos mais difíceis a qualquer nação democrática. Sabe-se que vários regimes foram concebidos nos mais diversos países do globo, sendo certo que nenhum deles é perfeito, havendo virtudes e defeitos em todos os modelos, desde aquele eminentemente privado, tal qual o estadunidense, até o prioritariamente público, como o do Canadá. No Brasil, conforme será analisado adiante, o Sistema Único de Saúde foi erigido com o intuito de prover toda população brasileira, universal e igualitariamente, dos serviços necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

É certo, entretanto, que essa prática tem sido questionada e desafiada na realidade contemporânea. Embora algumas políticas públicas na área tenham se revelado exitosas, é possível constatar falhas e dificuldades que tangenciam a prestação pública de serviços de saúde no Brasil. Vislumbra-se falta de infraestrutura mínima em diversas localidades, a atenção básica – alicerce maior para o bom funcionamento do sistema segundo os estudiosos da saúde pública – é cheia de lacunas e de qualidade duvidosa, a média e a alta complexidade não funcionam como deveriam, com honrosas exceções, o atendimento de urgência é caótico, a dispensação de medicamentos é falha. Enfim, são excessivamente numerosas as faltas do serviço prestado à sociedade brasileira.

Todo esse arcabouço de problemas deu azo ao surgimento do fenômeno cognominado “judicialização da saúde”, que corresponde à corrida da população às portas dos Fóruns a fim de buscar, em Juízo, o direito que lhes foi negado administrativamente pelas instâncias de governo. Neste contexto, uma faceta particularmente nefasta deste fenômeno é a propositura de demandas judiciais com intuito de obter internações e cirurgias de urgência.

²¹² Defensor Público do Estado de Minas Gerais.



Em situação de extrema vulnerabilidade, acidentado ou acometido de doenças súbitas e inesperadas, o usuário do serviço depara-se com a deficiência do Estado em atendê-lo em tempo hábil. Verifica-se, nestes casos, pacientes que, fraturados ou padecendo de acidentes vasculares cerebrais ou infartos, dentre outras mazelas, permanecem dias a fio nos estabelecimentos de urgência, em condições inadequadas, à espera de transferências para centros mais avançados de tratamento ou para realização de cirurgias ortopédicas dentre outros procedimentos.

Tais situações são constatadas em diversos municípios brasileiros e, nesse trabalho será analisada, especialmente, a realidade do Município de Divinópolis, sede da Macrorregião Oeste, conforme Plano Diretor de Regionalização (PDR) da saúde em Minas Gerais. A falha estatal na prestação dos serviços de saúde fica ainda mais evidente nestes casos agudos por motivos óbvios, produzindo um exército de sequelados ou mortes que poderiam ser evitadas.

Como resultado da ineficácia estatal, verifica-se no mundo fático uma variada gama de lesões a direitos individuais e coletivos do cidadão, ensejando danos de ordem material e, principalmente, moral. No caso dos primeiros, na prática, percebe-se, com frequência, que cidadãos que, *a priori*, teriam direito ao atendimento gratuito, são forçados a se endividarem com empréstimos muitas vezes impagáveis para arcar com o custo do serviço em caráter particular, a fim de evitar o agravamento do quadro de saúde. Por outro lado, os danos morais são evidentes e dão-se *in re ipsa*. Há casos, entretanto, em que tais restam esquecidos, seja pela desinformação do cidadão acerca de seus direitos, seja pela impossibilidade de resolução administrativa da questão e da dificuldade de acesso à Justiça, ou, até mesmo, pelo conservadorismo das decisões judiciais sobre a matéria.

Este estudo visa a indagar acerca da necessidade do Estado ser responsabilizado pelas falhas na prestação dos serviços de saúde, inclusive pelo dano moral coletivo impingido à sociedade e, especificamente, à comunidade de Divinópolis e região, pontuando ainda o papel da Defensoria Pública – instituição essencial à Justiça, incumbida da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados – nesse contexto.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Inicialmente, faz-se mister, para a compreensão do tema, definir o que viria a ser saúde. A definição do conceito de saúde é tarefa complexa. Intuitivamente, a generalidade das pessoas costuma relacionar o estado de boa saúde simplesmente à ausência de enfermidades. Tal pensamento é reflexo do positivismo do século XIX. Não obstante, o estudo do tema e a história da humanidade demonstraram que não é possível conceituá-la de modo tão simples. Nesse sentido, nos explica Sueli Gandolfi Dallari, ao prefaciar a obra de Fernando Aith:

E, apesar da força da corrente de pensamento que buscou conceituar a saúde como sendo a ausência de doenças – que se afirmou no século dezenove, com o predomínio do paradigma positivista na ciência –, a experiência de uma Grande Guerra apenas 20 anos após a anterior, provocada pelas mesmas causas que haviam originado a predecessora e, especialmente, com capacidade de destruição várias vezes multiplicada, restabeleceu a compreensão da vinculação indissociável entre o estado de saúde das pessoas e o ambiente social onde elas se inserem. (DALLARI apud AITH, 2007, p.17/18)

Nesse sentido, a professora acima mencionada traz à baila o conceito de saúde existente no preâmbulo da constituição da Organização Mundial de Saúde: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946).

Percebe-se, portanto, que o conceito de saúde abrange não apenas o estado fisiológico consistente na ausência de doenças, mas também toda a interação do indivíduo nos âmbitos social, cultural e econômico no qual ele está inserido. Fernando Aith explica:

Dentro dessa nova aproximação entre saúde e doença, o conceito de saúde passou a ser encarado de forma mais abrangente, dando lugar ao que se chama de representações de saúde. Ou seja, dada a dificuldade de definir o que é exatamente saúde, os estudos sociológicos começaram a analisar o que as pessoas pensavam ser a saúde e a doença, quais as suas possíveis representações no ambiente social. Trata-se de uma importante dimensão multidisciplinar do conceito de saúde, abrangendo aspectos físicos, sociais, espirituais e mentais. (AITH, 2007, p. 44)

Tem-se, assim, que o vocábulo saúde assume contornos que o assemelham à noção de um valor coletivo da comunidade. Nesse sentido, prossegue o autor acima citado:

Os estudos das representações de saúde contribuem para a compreensão do conceito de saúde, desde que sejam feitos dentro de uma orientação que demonstre como e porque a saúde torna-se um problema cada vez mais importante para as pessoas. Tanto quanto a compreensão dos comportamentos individuais, a análise das representações sociais da saúde pode contribuir para esclarecer os debates, as mobilizações e os movimentos coletivos que se formam hoje em dia em torno da saúde. Fundamentalmente, as soluções do Direito para as questões relacionadas com a saúde devem, necessariamente, considerar esses aspectos para que sejam soluções eficazes. (AITH, 2007, p. 49-50)

As representações de saúde – as quais refletem os anseios, o agir e o pensamento de uma determinada população sobre o tema – consistem, portanto, em importantes ferramentas para o diagnóstico da saúde em dado local, sendo, deste modo, marco fundamental para a elaboração de políticas públicas.

Feitas estas considerações e demonstrada a complexidade do termo “saúde”, faz-se mister proceder à diferenciação entre os termos “saúde” e “saúde pública”. O último é comumente utilizado pela população para designar os serviços de saúde prestados pelo Estado. Tal noção, contudo, é incompleta. Em verdade, a saúde pública consiste, por um lado, em toda a gama de atividades estatais destinadas à Administração da saúde. Por outro, denota a realidade epidemiológica, o estado geral de saúde de uma população determinada (AITH, 2007).



No mesmo contexto, direito sanitário difere-se de direito à saúde. Cristiano Carvalho, ao diferenciar objeto de estudo do direito sanitário e o direito à saúde traz luz ao tema:

(...) direito à saúde é uma intersecção entre o direito positivo e a saúde, entendida esta como todos os aspectos concernentes à vida, bem-estar físico e mental do indivíduo e da coletividade, serviços públicos e privados relativos à saúde, controle de doenças, de epidemias, e as relações jurídicas não apenas entre cidadão e Estado, mas também dos cidadãos entre si. A irradiação do direito da saúde atinge o Estado, na sua atuação de prestador do serviço público de saúde, bem como no seu exercício do poder de polícia fiscalizador, assim como o impacto nos direitos individuais e nas relações econômicas envolvendo a saúde pública, bem como os direitos fundamentais subjetivos do cidadão perante o Estado e direitos subjetivos relacionados com prestadores de serviços públicos e privados envolvendo a saúde. O fenômeno mostra-se sobremodo complexo, visto que praticamente tudo pode ter um efeito na saúde da população, de forma efetiva ou potencial. O direito sanitário tem objeto mais restrito. Sua função, enquanto segmento do ordenamento jurídico, é um controle via exercício do poder de polícia de todas as atividades públicas e privadas que tenham qualquer repercussão na Saúde Pública. (CARVALHO, 2004, p. 12)

Os conceitos acima explicitados ajudam a delimitar o objeto do estudo do direito fundamental à saúde. Para melhor compreensão do alcance deste termo, é preciso fazer breve digressão acerca da gênese dos direitos humanos, situando, pois, o direito à saúde neste contexto.

A noção de direito humanos é muito antiga, remetendo ao jusnaturalismo. É que a humanidade sempre concebeu direitos os quais, pelo simples fato de se existir, devem ser conferidos à pessoa. Seriam, pois, direitos imanentes à condição humana como, por exemplo, o direito à vida. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que, embora a doutrina jurídica dos direitos humanos seja recente, seu âmago já era conhecido desde há muito:

A doutrina dos direitos do Homem, como se viu acima, já estava conformada no século XVII. Entretanto, ela se expandiu no século seguinte, quando se tornou elemento básico da reformulação das instituições políticas. Foi incorporada pelo liberalismo, do qual é capítulo essencial. Não se olvide, porém, que é uma doutrina bem mais antiga que esta filosofia política, a qual não a construiu, mas a adotou e certamente enfatizou. Com efeito, no seu cerne está o jusnaturalismo a que já aderiam os estóicos. Mas é verdade que, do século das luzes em diante, se tornou um dos princípios sagrados do liberalismo, sendo às vezes apresentado como princípio liberal, por excelência. (FILHO, 1995, p.13)

Destarte, conquanto o liberalismo – cujo fundamento era a não intervenção do Estado na vida privada, salvo para salvaguardar a propriedade, a segurança e a vida do cidadão – tenha sido terreno fértil para a sistematização dos direitos humanos, a existência destes lhe precedeu.

A noção atual de direitos humanos foi construída num processo paulatino e lento, remontando aos primórdios da humanidade em sua origem mais remota. Do ponto de vista da ciência jurídica, contudo, os direitos humanos, tal qual concebidos hoje, nasceram concomitantemente à noção de Estado de Direito, como uma reação da burguesia aos Estados Europeus totalitários. A ideologia iluminista do século XVIII passa a contestar o poder absoluto dos monarcas sobre seus administrados, assim como a origem divina de seu arbítrio, e, com isso, a construir os alicerces do que hoje denominamos de Estado Democrático de Direito, sob a inspiração do lema “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Neste primeiro momento, a ideia central era conferir liberdade aos súditos, protegê-los do Estado, garantindo-se o primado da lei e não da vontade do monarca, a impor-se a ideologia liberal. Tal pacto político seria consubstanciado num documento denominado Constituição. Paulo Bonavides Leciona:

Gerou-se, pois, doutrinariamente, em consequência dessa dicotomia, a pretensão de um constitucionalismo legítimo, dogma que serviu durante o século XIX de base à edificação e manutenção de sistemas políticos em que a observância da liberdade individual, traçando limites ao poder do Estado, constituía a nota decisiva do chamado Estado de direito. Tão forte se manifestou esse sentimento confinador do poder do Estado através de uma Constituição que, ao lavrarem o primeiro documento constitucional produzido pela Revolução Francesa, seus autores inseriram no art. 16 a disposição de que “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”. (BONAVIDES, 2000, p. 24/25)

É nesse panorama, limitador dos poderes do Estado e garantidor dos direitos individuais, que surgem os direitos civis e políticos, consagrando o postulado da “liberdade”. Tais direitos foram classificados pela doutrina como direitos fundamentais de primeira geração ou, segundo alguns, que contestam o termo “geração” pelo fato do advento deles não respeitar uma ordem cronológica linear, de primeira dimensão.

A garantia das liberdades públicas, porém, pregando o absentismo do Estado, tal qual a ideologia liberal do “laissez faire, laissez passer”, não foi capaz de absorver a ideia da igualdade. O mundo se desenvolveu, pois, numa crescente onda de iniquidade entre as pessoas, especialmente com o advento da Revolução Industrial. Nesse contexto, percebeu-se a necessidade de uma atuação do Estado para conter o avanço das disparidades e conferir um mínimo de dignidade, especialmente, à classe trabalhadora. Com isso, os direitos econômicos e sociais são erigidos para combater essa situação, a exigir uma maior participação estatal na sociedade. Busca-se, pois, atender ao postulado da igualdade, não formal, mas material, tratando-se a todos igualmente, na medida de suas desigualdades. Tem-se, daí, a ideia dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, categoria na qual está inserido o direito à saúde. Ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, aqueles se constituem em direitos prestacionais e, nessa qualidade, exigem do Poder Público um agir positivo para sua consecução. Além do direito à saúde, pode-se exemplificar como integrantes desta classe os direitos à educação, à cultura, ao lazer e ao trabalho.

Mais recentemente, completando a tríade “liberdade, igualdade e fraternidade”, a doutrina passou a admitir a existência de direitos de terceira geração ou dimensão. Trata-se de direitos inerentes não apenas aos indivíduos, mas à coletividade, como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, entre outros. São os direitos de solidariedade ou fraternidade.

O direito fundamental à saúde é, portanto, um direito social. De acordo com a classificação normalmente adotada, conforme expusemos, um direito fundamental de segunda dimensão. Trata-se, porém, conforme trazido por Fernando Aith de um direito muito influenciado pelo princípio axiológico da fraternidade:



A fraternidade, ou solidariedade, se expressa como o conjunto de regras voltadas a um escopo comum de progresso e melhoria da qualidade de vida de todos aqueles que compõem o grupo social, determinando que um dos grandes objetivos do ser humano é possuir uma sociedade que ofereça a todos os seus integrantes a igualdade material. Para tanto é que foram sendo positivados os direitos sociais como direitos humanos, destinado a garantir condições mínimas de existência a todos os seres humanos, em especial os mais fracos e os mais pobres. A saúde encaixa-se, exatamente, neste grupo de direitos, que necessitam de uma atuação ativa do Estado para a sua proteção. (AITH, 2007, p. 68)

É com estas balizas que, conforme será visto adiante, na tentativa de conferir eficácia ao direito à saúde, foi construído o atual sistema de saúde brasileiro.

2.1 Sistema Único de Saúde – criação e delimitação

Com o fito de concretizar o direito prestacional de saúde, sobre o qual se discorreu acima, o Estado Brasileiro criou o SUS – Sistema Único de Saúde. O advento do SUS foi fruto do trabalho e da militância de abnegados sanitaristas que advogavam a ideia de um serviço de saúde público, universal e igualitário.

A partir da criação desta nova sistemática, rompe-se com o tratamento do direito à saúde anteriormente existente em território nacional. Com efeito, antes de 1988, o acesso aos serviços públicos de saúde era restrito às pessoas que se encontravam formalmente inseridas no mercado de trabalho. Vivíamos, pois, um modelo de seguro social, no qual o alcance do serviço de saúde atingia apenas uma parcela da população, qual seja, aquela que contribuía ao custeio do sistema. Trata-se do modelo Bismarckiano, assim retratado na obra Políticas e Sistema de Saúde no Brasil:

Implantado por Bismarck, na Alemanha, o seguro social tem como característica central a cobertura de grupos ocupacionais por meio de uma relação contratual. Com base nos princípios da solidariedade, que surgiram com a formação da classe trabalhadora industrial, não deixa de conjugar estes valores com o princípio do mérito, por meio do qual os indivíduos deverão receber compensações proporcionais a suas contribuições ao seguro. (FLEURY; OUVÉRY, 2012, p. 33)

O acesso universal, marca maior do SUS, pressupõe que todos, inclusive os estrangeiros presentes em território nacional, independentemente de contribuir ou de estar formalmente inseridos no mercado de trabalho, têm acesso aos serviços públicos de saúde. O modelo brasileiro seguiu os traços do sistema britânico, também de acesso universal, fulcrado no ideal Beveridgiano, que é assim caracterizado na obra citada acima:

No terceiro modelo, a proteção social assume a modalidade de seguridade social, designando um conjunto de políticas públicas que, inspiradas em um princípio de justiça social, garantem a todos os cidadãos o direito a um mínimo vital, socialmente estabelecido. Sua referência histórica é o Plano Beveridge, de 1942, na Inglaterra, onde se estabeleceu, pela primeira vez, um novo modelo de ordem social baseado na condição de cidadania, segundo a qual os cidadãos passam a ter seus direitos sociais assegurados pelo Estado. O caráter igualitário do modelo está baseado na garantia de um padrão mínimo de benefícios, de forma universalizada, independentemente da existência de contribuições anteriores. O acesso aos benefícios sociais depende unicamente da necessidade dos indivíduos, ou seja, o acesso à escola porque é preciso ser educado, o acesso ao sistema de saúde porque há uma demanda sanitária. (FLEURY; OUVÉRY, 2012, p. 33)

Deixando clara a opção pelo segundo modelo trazido à baila, a Constituição Brasileira traz os princípios e características do novel tratamento conferido ao direito à saúde nos artigos 196 a 200. O artigo 198, por sua vez, traz em seus incisos as diretrizes de funcionamento do Sistema Único de Saúde, a saber: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade (BRASIL, 1988).

A descentralização, com direção única em cada esfera de governo, pressupõe que cada ente político será responsável pela gestão do Sistema em seu âmbito, devendo a administração ser descentralizada, de forma a considerar as peculiaridades regionais.

A integralidade significa que todos os gravames à saúde da população serão cobertos pelo sistema, cabendo ao Estado prover os serviços necessários para tanto. Busca-se, contudo, priorizar as providências preventivas, de modo a evitar o aparecimento das enfermidades, poupando-se, deste modo, recursos públicos, bem como conferindo-se maior qualidade de vida à população.

Por fim, a participação da comunidade pressupõe a formatação de um sistema democrático cujos objetivos e metas sejam também traçados pela população destinatária do serviço de saúde e titular do direito.

Com o fito de atender ao comando do artigo 198 da Constituição, o Congresso Nacional editou a Lei 8.880/1990, a fim de dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, conforme explicita sua ementa (BRASIL, LEI Nº 8.880, 1990). Outrossim, pouco tempo depois, foi aprovada a Lei 8.142/1990, a qual, por sua vez, veio regulamentar a participação da comunidade e as regras para o custeio do sistema (BRASIL, LEI Nº 8.142, 1990).

3 RESPONSABILIDADE ESTATAL E DIREITO À SAÚDE

Inicialmente, cumpre-nos registrar que, genericamente, a responsabilidade civil é o ramo do direito civil que disciplina a responsabilização das pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, por seus atos e omissões, quando forem estes causadores de danos de qualquer ordem a terceiros. A lógica passa pelo fato de que, se alguém causa a outrem um dano, deverá ser obrigado a indenizar este a fim de que se restabeleça o *status quo ante*. É um corolário de Justiça.

Via de regra, tem-se como pressupostos do dever de tornar indene os seguintes requisitos: a) ação ou omissão dolosa ou culposa; b) ato ilícito; c) dano; d) liame causal. Será, pois, condenado a indenizar a pessoa que agir, ou se omitir quando deveria agir, dolosa ou culposamente, praticando ato ilícito causador de um dano, sendo que, retirando-se este agir ou esta omissão, o prejuízo não teria ocorrido.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva e objetiva. A primeira é consagrada como regra pelo Código Civil Brasileiro, conforme artigos 186 e 927 do referido códex e, assim, exige a presença de todos os requisitos acima declinados (BRASIL, 2002). Por ela, portanto, só existe responsabilidade civil quando presentes os elementos “dolo e culpa”.



Não obstante, poderá, quando previsto em lei, prescindir dos elementos subjetivos em comento. Neste caso, fala-se na ocorrência da responsabilidade objetiva, qual seja, aquela em que não se cogita do agir culposo ou doloso, bastando para a configuração do dever indenizatório a presença do dano e do nexa causal. Assim, conforme ensina Sérgio Cavaliere, também na responsabilidade objetiva teremos um ilícito, o dano e o nexa causal, mas não a culpa, razão pela qual se fala em responsabilidade independentemente de culpa, podendo esta existir ou não, o que será irrelevante (FILHO, 2006, p. 153).

Assim como os particulares, o Estado é responsável por seus atos e omissões. Como se sabe, contudo, até que se chegasse a esta conclusão e à responsabilidade objetiva prevista no artigo 37 da Constituição da República, houve uma evolução paulatina no estudo do tema.

Com efeito, nos Estados Absolutistas, a Administração não respondia por quaisquer de seus atos. Afinal, o agir do rei era considerado inspirado por Deus e, deste modo, não poderia haver responsabilidade. Outrossim, o primado da lei ainda não estava instituído, de forma que a vontade do monarca era absoluta. Vigia a máxima contida no adágio “*the king can do no wrong*”, ou seja, o “rei não erra” (FILHO, 2008, p.516). Sérgio Cavaliere Filho expõe que:

Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre restava frustrada. (FILHO, 2006, p. 248).

A partir do advento dos Estados Democráticos, regulados por uma Constituição, esse quadro começou a mudar diante de sua evidente injustiça: o princípio da legalidade, os direitos e deveres, haviam de se aplicar aos particulares e ao Estado. Entretanto, como sobredito, o ocaso da teoria da irresponsabilidade estatal demorou a ocorrer, tendo os Estados Liberais, nos quais a intervenção do Estado na vida privada era diminuta, a mantido por certo tempo. Exemplo disso é que os Estados Unidos da América e o Reino Unido somente a extinguiram por completo a partir, respectivamente, do “*Federal Tort Claim Act*”, datado de 1946, e do “*Crown proceeding Act*”, de 1947 (DI PIETRO, 2002, p. 52).

A construção doutrinária sobre o assunto continuou e várias teorias advieram para regulá-la, sendo as mais relevantes as teorias da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral. A partir da primeira, o Estado estaria obrigado a indenizar desde que presentes a falta do serviço (presumindo-se a culpa da Administração), o dano e o liame causal existente entre eles. Pela segunda, para o surgimento do dever indenizatório, bastaria a ocorrência de dano e o liame causal com um fato administrativo, não se perquirindo da falta do serviço. Por fim, o risco integral, além de exigir somente estes dois últimos elementos, tal qual a teoria do risco administrativo, inadmitte qualquer tipo de causa excludente da responsabilidade, tais como o caso fortuito ou a força maior.

A Constituição Brasileira de 1988, por meio do artigo 37, §6º, adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado:

Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Para grande parte da doutrina, a opção do constituinte originário, portanto, foi adotar a Teoria do Risco Administrativo, qual seja, aquele em que não se perquire dos aspectos subjetivos, quais sejam, da culpa ou do dolo da Administração, bastando para o advento da responsabilidade a ocorrência do dano e sua ligação com um ato praticado pelo Estado.

Há, entretanto, forte dissensão doutrinária e jurisprudencial no tocante à responsabilidade civil estatal no tocante aos atos omissivos. Com efeito, segundo respeitados doutrinadores, a imputação ao Estado de uma omissão causadora de danos estaria sujeita à comprovação de culpa ou dolo para exsurgir o dever indenizatório. Por todos, cita-se a palavra de Rui Stocco:

A premissa fundamental, portanto, é a de que a responsabilidade do Estado, nos termos do art. 37, §6º, da CF/88, só é objetiva quando os danos a terceiros forem causados diretamente por seus agentes, nessa qualidade. É a teoria do risco que dispensa qualquer indagação acerca da juridicidade e da culpabilidade. Ora, a omissão do Estado é anônima, posto que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público. Se assim é, o comportamento omissivo do próprio Poder Público não se encaixa nem no art. 37, §6º, da CF, nem no art. 43 do CC e, portanto, empenha responsabilidade subjetiva (STOCCO, 2007, p. 1000).

Vale registrar, porém, que vários outros doutrinadores dissertam de maneira diversa, insistindo que a responsabilidade é objetiva, mesmo que se fale em ato omissivo do Estado. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, a teoria acima esposada foi predominante durante muitos anos, desde a Constituição de 1946 a 1988. A partir do surgimento da Constituição de 1988, porém, o assunto ganhou novos contornos, especialmente com a posição do Ministro Celso de Mello, adepto da responsabilidade objetiva. Veja-se:

E M E N T A: INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO – PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO – FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO – INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA – RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. – A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. (...) RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1996)



O mesmo entendimento foi novamente sufragado em julgados da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, conforme se pode verificar no AI 852237 AgR/RS, de 2013, por meio do qual se responsabilizou o Estado pela omissão dos profissionais de saúde de hospital público que levara paciente a sofrer lesão esfíncteriana grave (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013), e no AI 734689 AgR-ED/DF, de 2012, em que, novamente, responsabilizou-se ente político a indenizar a família de menor impúbere morto em razão de atendimento médico deficiente (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Na esteira do que foi exposto acima, sendo a saúde um direito fundamental, universal, igualitário, cujo acesso integral deve ser garantido pelo Estado, não há dúvidas de que a falha na prestação dos serviços de saúde e a ineficiência e a insuficiência das políticas públicas ensejam a responsabilização estatal.

Vale o registro de que a responsabilização não se dá tão somente na esfera cível, focada neste trabalho, mas também nos âmbitos penal e administrativo. Nesse sentido, leciona Sueli Gandolfi Dallari:

As omissões dos agentes públicos que inviabilizem o exercício dos direitos constitucionalmente reconhecidos foram frequentemente definidas como crimes de responsabilidade da autoridade administrativa competente, tendo alguns estados cominado a pena de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção para quem não sanar tais omissões nos prazos fixados na própria Constituição. E em muitos estados os constituintes afirmaram ser crime de responsabilidade os atos do governador que atentem contra o exercício dos direitos individuais e sociais. (DALLARI, 1995, p. 114)

A jurisprudência pátria reconhece largamente a possibilidade do Estado ser obrigado a indenizar os usuários do Sistema Único de Saúde pela má prestação dos serviços de saúde, seja nos casos de omissão (falta de atendimento), seja em hipóteses de má prestação do serviço em si. Por todos, cita-se aresto do Pretório Excelso a que se fez menção no final do tópico antecedente:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – FATO DANOSO (MORTE) PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO – PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE, INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. – Não se revelam cabíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. – Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros.

Doutrina. Precedentes. – A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o “eventus damni” ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. – Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012)

Destarte, restando constatados a existência de dano – de ordem material ou moral –, a ação ou omissão do ente político, e o nexo causal entre estes, será plenamente possível exigir-se do Estado a reparação.

4 O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Como salientado no tópico anterior, a reparabilidade dos danos causados aos usuários dos serviços públicos de saúde é inconteste, sendo admitida em sede doutrinária e pretoriana.

Entrementes, é certo que o direito à saúde, tal qual delineado em tópico próprio, assume contornos de um direito intimamente ligado ao postulado da fraternidade, guardando relação próxima com o mínimo existencial do ser humano e ao princípio da dignidade da pessoa humana – afinal, a saúde é consectário lógico da vida – de forma que a sociedade como um todo espera do Estado o cumprimento da promessa constitucional prevista nos artigos 196 e seguintes da Constituição da República.

Nesse prisma, é possível vislumbrar a saúde como um direito transindividual, qual seja, um direito massificado, titularizado por uma coletividade. Os direitos denominados trans ou metaindividuais são classificados pela doutrina em: a) direitos individuais-homogêneos; b) direitos coletivos *strictu sensu* e c) direitos difusos. A Lei Federal nº 8.078/1990 encampou as definições de cada um deles, trazendo-as em seu artigo 81:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, LEI Nº 8.078, 1990)

A doutrina de Hugo Nigro Mazzili esclarece melhor a diferenciação em cada uma destas categorias de direitos:

Tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.



Por sua vez, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, distinguem-se quanto à divisibilidade do interesse: só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum. (MAZZILI, 2008, p. 55)

Direitos difusos, portanto, são aqueles direitos titularizados por toda a sociedade atual e até mesmo pelas próximas gerações, como o direito ao meio-ambiente equilibrado. Já o direito coletivo, ao revés, permite apontar os detentores do direito, pois eles estão ligados por uma relação jurídica em comum, como um grupo de participantes de um consórcio. Por fim, os direitos individuais-homogêneos são, em verdade, direitos divisíveis, individuais, mas que se tocam em função de sua origem comum, como o direito das vítimas de um acidente de ônibus.

O direito à saúde enquadra-se na categoria dos interesses difusos. Com efeito, toda a população nacional é potencial usuária dos serviços do SUS, sendo impossível determinar os afetados pela má prestação dos serviços de saúde. Em verdade, não seria temerário dizer que a integralidade dos brasileiros, mesmo os usuários de plano de saúde, em algum momento da vida, valeram-se de alguma prestação do Sistema de Saúde Pública, como, por exemplo, a vacinação. Assim, é certo que a saúde, especialmente a saúde pública, conforme mencionamos adrede, importa em verdadeiro valor social, umbilicalmente conectado ao próprio direito à vida.

4.1 A legitimidade ativa da Defensoria Pública na defesa do direito difuso da saúde

A Defensoria Pública, segundo a novel redação conferida ao artigo 134 da Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 80/2014, é órgão incumbido da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, de forma geral e gratuita, aos necessitados (BRASIL, 2014).

O texto da Lei Maior trazido acima apenas reproduziu, *ipsis literis*, o teor do art. 1º da Lei Complementar nº 80/1994 (BRASIL, 1994), com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009 (BRASIL, 2009), conferindo status constitucional aos delineamentos deste órgão.

A partir da leitura dos dispositivos supracitados, resta claro que o constituinte reservou à Defensoria Pública legitimidade para defender direitos coletivos e promover os direitos humanos, o que, decerto, o qualificaria para a defesa do direito difuso à saúde.

Antes mesmo da mudança da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC nº 80/94) e do texto do art. 134 da Carta Magna, a Defensoria Pública já houvera sido inserida, no artigo 5º, II, da Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/1985), a partir da edição da Lei nº 11.448/2007 (BRASIL, 2007), como legitimada para a propositura de ACP's.

Como cediço, a Lei de Ação Civil Pública é um dos mais importantes instrumentos processuais para a defesa dos direitos transindividuais, a partir do qual é possível buscar, conforme seu art. 1º, *caput* e inciso IV, a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados a qualquer direito difuso ou coletivo (BRASIL, 1985).

Em que pese tal panorama normativo, vozes contrárias surgiram a contestar a referida legitimidade, especialmente por parte de setores do Ministério Público Brasileiro, o que resultou na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 39/43 por parte da CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), no ano de 2007, perante o Supremo Tribunal Federal. De lá para cá, a questão foi levada ao Poder Judiciário, sendo certo que decisões houve que negaram vigência ao artigo 5º, II, da Lei 7.347/1985. Por todas, cita-se a apelação nº 70035102607, oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

A doutrina majoritária, contudo, não encampou a tese da ilegitimidade. Ada Pellegrini Grinover, em parecer acerca da ação direta supracitada, assim se manifestou:

Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e dos que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à idéia generosa do amplo acesso à justiça – de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. (GRINOVER, 2008, p. 14.)

Destarte, a doutrinadora em questão não deixa dúvidas de que, mesmo confinando-se as funções do órgão aos estritos e literais termos previstos na Constituição da República, a Defensoria Pública poderia ajuizar ação civil pública em favor de coletividades de necessitados do ponto de vista organizacional.

Também Pedro Lenza, ao comentar a tese exposta no processo de controle concentrado de constitucionalidade em discussão, se manifestou em desacordo com ela, especialmente diante da tutela “molecularizada” do processo coletivo e da indivisibilidade do objeto da ação coletiva (LENZA, 2007, p. 208).

Em recentíssima sessão, o Supremo Tribunal Federal prestigiou os entendimentos doutrinários majoritários, a julgar improcedente a ADIN 3593, conforme notícia retirada do sítio do Pretório Excelso na *internet*:

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quinta-feira (7), julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3943 e considerou constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor ação civil pública. (...) Seguindo o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, os ministros entenderam que o aumento de atribuições da instituição amplia o acesso à Justiça e é perfeitamente compatível com a Lei Complementar 132/2009 e com as alterações à Constituição Federal promovidas pela Emenda Constitucional 80/2014, que estenderam as atribuições da Defensoria Pública e incluíram a de propor ação civil pública. (...) A ministra salientou que, além de constitucional, a inclusão taxativa da defesa dos direitos coletivos no rol de atribuições da Defensoria Pública é coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais de se garantir e ampliar os instrumentos de acesso à Justiça. Em seu entendimento, não é interesse da sociedade limitar a tutela dos hipossuficientes. (...) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

Destarte, restou infirmada a constitucionalidade da Lei de Ação Civil Pública, especificamente no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ACP's.



Em sendo assim, o referido órgão, especialmente considerando sua vocação para a defesa da parcela mais humilde da sociedade, a qual, sabidamente, é a maior usuária do SUS, não só pode como deve manejar os instrumentos processuais cabíveis e necessários para a tutela do direito difuso à saúde.

5 O DANO MORAL INFLINGIDO PELA MÁ PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Como cediço, o dano constitui um dos elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil. O dano é a própria lesão à esfera de direitos da pessoa, podendo importar decréscimo patrimonial ou simplesmente sofrimento. Conceitua-se dano como “todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio” (SILVA, 2000, p. 238). Sem a ocorrência de dano, jamais se fala em responsabilidade civil. Neste sentido, esclarece Rui Stocco:

Importa, contudo, deixar esclarecido e acentuado que o dano é um dos elementos fundamentais e irretiráveis da responsabilidade, ou seja, elemento essencial à configuração da responsabilidade civil e o que suscita menos controvérsias. É unânime na doutrina que pode haver ato ilícito sem dano, mas não pode haver responsabilidade sem a efetiva ocorrência de um dano. (STOCCO, 2007, p.1232.)

O dano pode ser classificado em dano material e dano moral. O primeiro diz respeito à diminuição de patrimônio, a retirar da vítima aquilo que lhe pertencia. O segundo, por sua vez, é impalpável, imaterial, ensejando ofensas à esfera íntima do afetado, à sua honra e imagem, por exemplo. Trata-se, portanto, de espécie de dano intimamente ligado aos direitos da personalidade e, em última análise, à dignidade humana. Vale-se da abrangente definição de Xisto de Medeiros Neto para melhor ilustrar o tema:

(...) o dano moral ou extrapatrimonial consiste na lesão injusta e relevante ocasionada a determinados interesses não materiais, sem equipolência econômica, porém concebidos pelo ordenamento como valores e bens jurídicos protegidos, integrantes do leque de projeção interna (como intimidade, a liberdade, a privacidade, o bem-estar, o equilíbrio psíquico e a paz) ou externa (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano, abrangendo todas as áreas de extensão e tutela da sua dignidade, podendo também alcançar os valores e bens extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas. (NETO, 2014, p. 66)

Antes do advento da Constituição Cidadã de 1988 havia forte divergência doutrinária acerca da indenizabilidade dos danos morais. Rui Stocco, citando Caio Mário da Silva Pereira esclarece o contexto histórico:

A meu ver, a aceitação da doutrina que defende a indenização por dano moral repousa numa interpretação sistemática de nosso Direito, abrangendo o próprio art. 159 do CC/16 [atual art. 186] que, ao aludir à ‘violação de um direito’, não está limitando a reparação ao caso de um dano material apenas. Não importa que os redatores do Código não hajam assim pensado. A lei, uma vez elaborada, desprende-se da pessoa dos que a redigiram. A idéia de ‘interpretação histórica’ está cada dia menos autorizada. O que prevalece é o conteúdo social da lei, cuja hermenêutica acompanha a evolução da sociedade e de suas injunções (LICC, art. 5°). (PEREIRA apud STOCCO, 2007, p. 1698)

Essa situação foi, contudo, fulminada pela Constituição de 1988 que previu, expressamente, no artigo 5º, inciso V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988). Conforme assevera Alexandre de Moraes, “o art. 5º, V, não permite qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade da indenização por dano moral, passível de indenização, inclusive em relação aos danos estéticos” (MORAES, 2006, p. 44). Na esfera infraconstitucional, a responsabilidade civil por dano moral também foi prevista no Código Civil de 2002, cujo artigo 186 dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Neste panorama, os direitos transindividuais, embora marcados com características próprias e peculiares, também são objeto de lesão, inclusive de ordem moral. A definição de Limongi França sobre o dano moral já abarca essa evolução, tanto é que ele o define como “aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos” (FRANÇA apud MORAES, 2006, p. 45).

Também Xisto Medeiros Tiago Neto chancela a evolução do pensamento da responsabilidade civil, de danos meramente individuais à reparabilidade dos danos causados aos interesses e direitos difusos e coletivos. Vejamos:

É o que se observa em face da adoção do princípio basilar da reparação integral (art. 5º, V e X) – reafirmando a primazia da tutela jurídica em toda a extensão e alcance dos danos –, e também diante do direcionamento do amparo jurídico à esfera dos interesses transindividuais, valorizando-se, pois, destacadamente, a um só tempo, os direitos de natureza coletiva (arts. 6º, 7º 194º, 196, 205, 215, 220, 225, 227) e os instrumentos próprios à sua tutela (art. 5º, LXX, LXXIII, 129, III). É certo afirmar, portanto, que o reconhecimento do dano moral coletivo e possibilidade de sua reparação alcançaram, com a Carta Magna de 1988, respaldo constitucional. (NETO, 2014, p. 173)

A ideia de dano moral foi, inicialmente, ligada à dor interna do indivíduo, seu sofrimento, a perda da paz pessoal, ou seja, a questões relacionadas à psique humana. Entretanto, a evolução do estudo da matéria concluiu pela impertinência desta noção, haja vista que o dano moral nem sempre implica tais consequências. Daí, inclusive, existirem críticas na doutrina ao termo “dano moral”, em razão de seu caráter restritivo, motivo por que seria mais adequada a utilização da alcunha “dano expatrimonial” (NETO, 2014, p. 59).

Acontece que nem sempre foi assim, conforme asseverou-se acima. Diante daquela noção totalmente subjetiva do dano moral, conectada necessariamente ao sofrimento humano, por bastante tempo, os Tribunais Pátrios entenderam impossível concatenar a ideia de dano moral com a ofensa a direitos transindividuais. O Egrégio STJ, por exemplo, possui julgados entendendo ser inconciliável a natureza coletiva do direito e a existência de danos morais. Por todos, exemplificamos com o aresto abaixo de lavra da Primeira Turma daquele Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (BRASIL, 2006)



Foi somente com a evolução do trato do tema, a partir da queda da indissociabilidade do dano moral com a esfera íntima da pessoa que se avançou para a admissão da possibilidade de existência de dano moral por agressão a direitos metaindividuais.

Todo esse processo deságua nos modernos conceitos doutrinários de dano moral coletivo. Segundo Carlos Alberto Bittar Filho, dano moral coletivo é “a injusta lesão à esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos” (FILHO, 2015). Xisto Tiago de Medeiros Neto assim conceitua o instituto em estudo:

(...) entende-se que o dano moral coletivo corresponde à lesão a interesses ou direitos de natureza transindividual, titularizados por uma coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), em decorrência da violação inescusável do ordenamento jurídico. (NETO, 2014, p. 172)

Percebe-se, assim, uma ampla desvinculação do conceito de dano moral coletivo ao aspecto interno da pessoa. Tem-se uma verdadeira objetivação do instituto. Destarte, quando se fala em dano moral coletivo não se está a elucubrar sobre o sofrimento psicológico da coletividade, bastando para sua configuração a prova da ofensa a direito de natureza transindividual.

A jurisprudência acompanhou essa transformação. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, diversos julgamentos sobre o tema se seguiram àquele primeiro citado acima, em que se negou a possibilidade de existência de dano moral coletivo. Passa-se agora a analisar esta evolução.

Em 2008, a Primeira Turma voltou a sufragar o entendimento esposado no REsp 598.281/MG. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA “A QUO”. 1. (...) 2. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano. 3. Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, verbis: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.” (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006) 4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido:”...

Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral". 5. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2008)

Por outro lado, em sentido absolutamente contrário, a Segunda Turma daquela Corte Especial, no ano de 2010, começa a adotar a evolução do conceito do tema, ou seja, passa a andar no sentido de se objetivar o dano moral coletivo, afastando-o das noções, concernentes ao dano moral individual, de dor interna, sofrimento psicológico etc., conforme defendido pela doutrina. Confira-se:

ADMINISTRATIVO – TRANSPORTE – PASSE LIVRE – IDOSOS – DANO MORAL COLETIVO – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO – APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL – CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO – ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE – ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. 2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos. 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2010)

A Segunda Turma, portanto, em caso atinente ao direito dos idosos à gratuidade no transporte público a partir da mera apresentação de competente documento de identidade, perfilha-se ao entendimento segundo o qual o dano moral coletivo não se vincula ao sentimento subjetivo da coletividade. No mesmo sentido, cita-se os julgados referentes ao REsp 1197654/MG e ao REsp 1269494/MG, também daquele órgão fracionário do STJ, no qual se fez uso do mesmo fundamento para admitir-se o dano moral coletivo. No primeiro caso, o dano extrapatrimonial coletivo foi reconhecido em razão da falha na prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica à população do Município Senador Firmino (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012). No segundo, reconheceu-se a presença da ofensa coletiva por dano ao meio-ambiente (BRASIL, 2013, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1269494/MG).

Conquanto, atualmente, a tendência verificada seja de consolidação do reconhecimento do dano extrapatrimonial coletivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é importante salientar que esse processo não se deu de modo linear e, ainda, carece de maturação. Em aresto de 2013, por exemplo, a Primeira Turma voltou a confirmar o entendimento contrário à existência do dano moral coletivo:



PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. É inviável, em sede de ação civil pública, a condenação por danos morais coletivos. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2013, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no REsp 1305977/MG)

Sob outro prisma, a Terceira Turma proferiu decisões das quais se denota certa confusão entre os conceitos de dano moral individual e dano moral coletivo, dando sinais de um retorno à subjetivização do dano moral coletivo. Por elas, não seria qualquer dano que ensejaria a existência de dano moral coletivo, mas tão-só aqueles casos em que a lesão for significativa, apta a produzir sofrimento à coletividade. Exemplifica-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE DE BINGO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS À COLETIVIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte já se manifestou no sentido de que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012). 2. (...) (BRASIL, 2013, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AREsp 277.516/SP)

À vista do quadro desenhado, tem-se que o dano moral coletivo é uma realidade, já tendo sido reconhecido pela Corte responsável pela unificação do direito federal, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em diversas ocasiões. Não obstante, o assunto ainda deverá amadurecer, com a conseqüente fixação de conceitos e a posterior unificação jurisprudencial entre os órgãos fracionários daquela Corte.

O direito fundamental à saúde, quando violado sistemática e continuamente, enseja a ocorrência de dano moral coletivo. No tópico “2” deste trabalho, demonstramos que saúde é um termo de difícil conceituação e que, diante disto, os estudiosos do tema criaram a noção de “representação de saúde”, consistente em “uma importante dimensão multidisciplinar do conceito de saúde, abrangendo aspectos físicos, sociais, espirituais e mentais” (AITH, 2007).

Portanto, como se percebe, a saúde é um valor social coletivo. Quando uma determinada comunidade se sente desamparada no tocante aos serviços de saúde que lhes são prestados, em casos de epidemia e outros eventos relacionados à saúde humana, não há dúvida de que o direito difuso “saúde” está a ser vulnerado.

As dificuldades vividas pelo cidadão brasileiro, especialmente aquele mais carente, dependente em absoluto dos serviços prestados no âmbito do Sistema Único de saúde, são de conhecimento de todos. No capítulo a seguir, especifica-se a situação do Município de Divinópolis no tocante a esta seara.

5.1 A efetiva ocorrência de dano moral coletivo pela má prestação dos serviços de saúde no Município de Divinópolis, MG.

Vive-se, na cidade de Divinópolis, sede da Macrorregião Sanitária Oeste, um verdadeiro caos na prestação dos serviços de saúde, especialmente no tocante aos serviços de urgência e emergência.

Não sem razão, o município em voga, embora esteja posicionado apenas em 12º lugar dentre as maiores cidades do Estado de Minas Gerais em termos populacionais, com 213.016 habitantes (IBGE, 2015), está dentre as regiões em que o fenômeno da judicialização da saúde dá-se de modo mais intenso.

Corroborando essa impressão, Fernanda de Freitas Castro Gomes, ao analisar demandas judiciais propostas em face do Estado de Minas Gerais, e cujos pedidos consistiam no fornecimento de procedimentos ambulatoriais e hospitalares no período compreendido entre os anos de 1999 a 2009, levantou os seguintes dados:

O universo das ações judiciais impetradas contra o Estado de Minas Gerais entre os anos de 1999 e 2009 compreendeu 6112 demandas entre medicamentos, procedimentos, materiais médico-hospitalares, equipamentos e outros, tais como (ampliação de profissionais e de leitos, danos morais, pensão alimentícia). As demandas por procedimentos ambulatoriais e hospitalares compreendem 12,8% dos processos (...) (GOMES, 2013, p. 50).

As Comarcas que mais registraram os processos foram da macrorregião Centro (32,1%) e a Oeste (32,0%), predominando nas cidades de Belo Horizonte (155) e Uberlândia (91) (Apêndice A). Em 43 (44%) comarcas foi registrado apenas um processo. A maioria dos beneficiários residia na mesma cidade da comarca (97%). Os beneficiários residiam principalmente nas macrorregiões Centro (26,4%) e Oeste (23,9%). As cidades com maior número de beneficiários foi Belo Horizonte (129), Divinópolis (150) e Uberlândia (49) (Gráfico). (GOMES, 2013, p. 55.)

Constata-se, assim, a posição de destaque do Município de Divinópolis na quantidade de ações ajuizadas e de beneficiários destas, buscando a obtenção de procedimentos ambulatoriais e de urgência. Estes dados são importantes sintomas do *status* do atendimento, comprovando-se a má prestação dos serviços de saúde. Afinal, é certo que, estivesse a ocorrer o atendimento sob as vias normais do sistema, não seria necessária a propositura de demandas judiciais, com o intuito de forçar o ente político a respeitar o direito à saúde do cidadão.

Também como resultado da realidade indigitada, no ano de 2011, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil pública, a qual foi tombada sob o nº 0223.11.006015-7, cujo pedido era de que os réus, Estado de Minas Gerais e Município de Divinópolis, fossem condenados a obrigação de fazer consistente na aquisição de leitos (UTI e leitos para atendimento às emergências e urgências com risco de morte e/ou dano irreparável à saúde), na rede privada, sempre que constatado o esgotamento da capacidade da rede conveniada SUS, de imediato ou no prazo de 24 horas.

O referido processo teve seu mérito julgado, restando assim ementada a conclusão do Egrégio TJMG:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITOS DE UTI. AUSÊNCIA DE VAGAS NO SUS. FORMAÇÃO DE “FILA DE ESPERA”. DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITOS NA REDE PRIVADA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. CONDENAÇÃO GENÉRICA.

– O direito à saúde deve ser preservado prioritariamente pelos entes públicos, vez que não se trata apenas de fornecer medicamentos e atendimento aos pacientes, mais de preservar a integridade física e moral do cidadão, a sua dignidade enquanto pessoa humana e, sobretudo, o bem maior protegido pelo ordenamento jurídico Pátrio, qual seja, a vida.

(...)



- O Poder Judiciário, ao determinar que o Estado adquira leitos de UTI junto à rede privada, para pacientes internados em pronto socorro com risco de morte ou dano irreparável à saúde, no caso de esgotamento dos leitos na rede conveniada do SUS, não está criando uma nova obrigação para o Ente, mas, tão somente, exigindo que ele cumpra a legislação pertinente.
- Não se deve permitir que as normas orçamentárias, apesar de seu relevante papel na Administração Pública, sejam um entrave para a efetivação de um direito fundamental considerado prioritário pela Constituição da República de 1988.
- Tratando-se de ação civil pública coletiva, é possível a formulação de pedido genérico e, conseqüentemente, a condenação genérica em obrigação de fazer, que somente será individualizada no caso do não cumprimento voluntário da sentença, quando promovida sua execução forçada. (MINAS GERAIS, 2012)

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirmou a sentença primeva que já houvera julgado procedente, em parte, o pedido. Registre-se, entretanto, a impropriedade da ementa, a qual induz o leitor a crer que o pedido fora atendido apenas para determinar a compra de leitos em UTI quando, em verdade, da leitura do voto extrai-se que o comando jurisdicional abrange também a obrigação de realizar a aquisição de leitos convencionais em casos de risco de morte ou perda irreparável à saúde. Veja-se:

Trata-se de reexame necessário e apelações interpostas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (1ª) e pelo Estado de Minas Gerais (2ª) em face da sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Divinópolis, que rejeitou as preliminares, julgou improcedente o pedido em face do Município de Divinópolis e julgou parcialmente procedente o pedido em face do Estado de Minas Gerais, **para condená-lo na obrigação de, no caso de esgotamento das vagas na rede conveniada ao SUS, adquirir para os pacientes internados no Pronto Socorro de Divinópolis, junto à rede privada, leitos de UTI e leitos para atendimento aos casos de pacientes com risco de morte ou dano irreparável à saúde, de acordo com a necessidade para atendimento, com encaminhamento imediato, a critério dos médicos responsáveis** (fls. 1.545-1.550). (...) Mediante tais considerações, em REEXAME NECESSÁRIO, REFORMO PARCIALMENTE A SENTENÇA, **apenas para julgar parcialmente procedente o pedido também contra o Município de Divinópolis, condenando-o, juntamente com o Estado de Minas Gerais, à obrigação solidária imposta pela sentença**. (...) (MINAS GERAIS, 2012, grifo nosso)

Na esteira do voto condutor, pois, a obrigação imposta na sentença foi confirmada, determinando-se não apenas a aquisição de leitos de UTI, mas também leitos para atendimento de situações de urgência e emergência que não demandassem este tratamento intensivo.

Ainda da demanda judicial trazida à análise, colhe-se do voto condutor dados importantes sobre a situação do atendimento de urgência e emergência no Município de Divinópolis:

O Ministério Público instaurou o inquérito civil público e, posteriormente, ajuizou a presente ação em razão de enorme demanda individual de pacientes junto à Promotoria: foram 60 ações ajuizadas em 2009, com 152 beneficiados; 49 ações ajuizadas em 2010, com 108 beneficiados; 9 ações ajuizadas em 2011, até 31/03/2011, com 10 beneficiados; além de 239 procedimentos instaurados em 2010 e 53 em 2011 (fls. 381-382). (...) Infere-se dos autos que foi instaurado o Inquérito Civil Público nº 0223.10.000950-3, em 17/08/2010 (fl. 23 e seguintes), com a finalidade precípua de apurar o déficit de leitos de UTI no Município, em razão de enorme demanda individual de pacientes junto à Promotoria (fls. 381-382). Tais pacientes se encontravam em “fila de espera” no Pronto Socorro Regional, aguardando a disponibilização de leito, conforme comprovam os documentos de fls. 27/28 e 73/74. (...) De acordo com a Portaria GM 1101/2002,

o Município de Divinópolis teria uma necessidade de 540 leitos, sendo 22 de UTI, no entanto teria apenas 193 leitos disponíveis para internação, no hospital São João de Deus (fl. 362), único credenciado pelo SUS no Município. Constatou-se, ainda, que o Pronto Socorro de Divinópolis, denominado Pronto Socorro Regional (PSR), não teria estrutura para internação de pacientes que necessitam de Terapia Intensiva (fls. 350-351). Ainda assim, na prática, os pacientes têm permanecido dias no local, em regime de “internação”, aguardando vaga pelo SUS-Fácil (fls. 88-337), o que estaria gerando inúmeros óbitos, conforme comprovam os jornais de fls. 359-360 e a certidão do Vice-Diretor Clínico da UPA/Divinópolis (fl. 379-380), como foi o caso da paciente Conceição de Faria Azevedo (fls. 363-377). (MINAS GERAIS, 2012)

O estado de contínua ofensa ao direito fundamental à saúde resta evidenciado com os dados acima, comprovadores da ausência de leitos e das consequências disso, como a formação de fila de espera para casos de urgência e emergência e a morte de pacientes durante este aguardo.

Ocorre que, em que pese o provimento jurisdicional obtido pelo MP-MG, pouco mudou na realidade divinopolitana, sendo o problema retratado na referida ação civil pública bastante atual, conforme confirmam os dados referentes à propositura de ações judiciais por parte do Núcleo da Defensoria Pública de Divinópolis. É que, de janeiro de 2014 a maio de 2015, foram ajuizadas 210 ações judiciais cujos pedidos eram internações e tratamentos cirúrgico de urgência (APÊNDICE A).

Vale ressaltar que todas as petições iniciais foram instruídas com relatórios médicos indicando urgência na realização da internação e do tratamento, sob pena de variados gravames à saúde em caso de demora, tais como tromboembolismo venoso profundo, tromboembolismo pulmonar, morte, morte súbita, limitação de movimentos, perda de capacidade de deambular, cegueira, perda de membro, dentre outros.

O arcabouço de dados acima expostos deixa indene de dúvidas a ocorrência de ofensa grave ao direito difuso à saúde. A comunidade de Divinópolis sabe que, ao necessitar do serviço público de saúde, especialmente na delicada seara da urgência e emergência, se deparará com numerosas dificuldades para a obtenção de atendimento neste momento tão difícil para qualquer ser humano.

Dessa forma, entende-se pela existência de dano moral coletivo à população de Divinópolis, dano este passível de compensação, tal qual amplamente defendido neste trabalho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Cidadã de 1988, ao fixar as balizas do sistema de saúde brasileiro, com méritos, optou por um modelo de assistência universal e integral, prometendo a todos os seus nacionais, políticas públicas hábeis a lhes garantir as ações e serviços necessários para sua promoção, proteção e recuperação. Assim o fez em consonância com o direito fundamental à saúde, trazido na mesma carta como um direito social de todo brasileiro.



Essa opção, sem qualquer sombra de dúvida, é também pertinente aos fundamentos da República Federativa do Brasil, mormente aqueles previstos no artigo 1º, incisos II e III, da Carta, quais sejam, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, bem como aos objetivos da pátria, previstos no art. 2º, incisos I e III, vale dizer, construir uma sociedade livre, justa e solidária, e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Nesse sentido, Sônia Fleury e Assis Mafort Ouverney, ao dissertarem sobre o modelo de seguridade social – que, a toda evidência, caracteriza o sistema brasileiro – ensinam que ele acaba por promover a redistribuição dos benefícios no seio da sociedade, por meio das políticas sociais instituídas, o que ajuda a reduzir as desigualdades naturalmente produzidas pelo mercado. Em sendo assim, poder-se-ia falar, no âmbito do sistema de saúde, de uma cidadania universal, já que os benefícios são assegurados como direitos sociais, de forma universalizada a todos aqueles que necessitem deles, independentemente da existência de contribuição prévia (FLEURY; OUVERNEY, 2012, p. 33).

Ocorre que, ao instituir um sistema desta natureza, o Estado chama para si a encargo de elaborar políticas públicas que sejam eficientes, aptas a cumprir com a promessa constitucional. Não se desincumbindo deste mister, sujeita-se a responder pelas lesões causadas aos indivíduos e à sociedade em geral.

Nesse prisma, o direito fundamental à saúde, que também é caracterizado como direito difuso, quando sistematicamente violado em sua perspectiva coletiva, acaba por frustrar o atingimento dos objetivos máximos da República Federativa do Brasil, impedindo a construção de uma sociedade livre justa e solidária, bem assim a redução das desigualdades, e a trair, noutro passo, os fundamentos que a alicerçam, quais sejam, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A ofensa, pois, ao direito difuso à saúde, implica ferir de morte os valores da comunidade, causando, inexoravelmente, danos morais de natureza coletiva. Ademais, embora não se exija, para a configuração do dano moral coletivo, a exigência da demonstração de angústia, sofrimento da coletividade – tal qual na lógica do dano moral individual – é certo que a má prestação dos serviços de saúde causa na comunidade um forte sentimento de incerteza, insegurança e desamparo.

Os dados levantados no presente trabalho, concernentes à realidade do Município de Divinópolis, comprovam a situação de absoluta ofensa ao direito difuso à saúde. A elevada quantidade de ações judiciais propostas com o fito de obter internações de urgência, cirurgias ortopédicas urgentes, internações em leito de UTI, dentre outros procedimentos médicos, são evidências de que a população local encontra-se desamparada, sofrendo de um vazio assistencial que causa sequelas, mortes e cicatrizes definitivas na alma da comunidade.

Diante disso, os entes políticos responsáveis, por falharem flagrantemente no exercício de suas funções, podem ser responsabilizados em Juízo, para compensarem os danos morais coletivos causados, competindo aos órgãos de Estado competentes, tais quais a Defensoria Pública e o Ministério Público Estaduais manejarem as ações competentes.



Referências

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AUGUSTÍN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. **A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo**. Disponível em <<http://www.enm.org.br/docs/biblioteca/Dano%20moral%20coletivo%20-%20Revista%20e-letr%C3%B4nica%20ENM.doc>>. Acesso em 26 de maio de 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de maio de 2015.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014**. Altera o Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV – Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/Emendas/Emc/emc80.htm>. Acesso em 26 de maio de 2015.

BRASIL, **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em 26 de maio de 2015.

BRASIL, **Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm>. Acesso em 26 de maio de 2015.

BRASIL, **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em 26 de maio de 2015.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 26 de maio de 2015.

BRASIL, **Lei. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 26 de maio de 2015.

BRASIL, **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em 26 de maio de 1990.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 26 de maio de 2015.



BRASIL, **Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007**. Altera o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11448.htm>. Acesso em 26 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598.281/MG. Relator Ministro Luiz Fux, relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, **Diário de Justiça**, Brasília, 01 de junho de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 821.891/RS. Relator Ministro Luiz Fux, **Diário de Justiça**, Brasília, 12 de maio de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1057274/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1197654/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 de março de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1269494/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 de outubro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1305977/MG, Relator Ministro Ari Pargendler, **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 de abril de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 277.516/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, **Diário de Justiça Eletrônico**, 03 de maio de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 109615. Relator Ministro Celso de Mello, **Diário de Justiça**, Brasília 02 de agosto de 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 852237 AgR/RS. Relator Ministro Celso de Mello, **Diário de Justiça Eletrônico**, 09 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 734689 AgR-ED/DF. Relator Ministro Celso de Mello, **Diário de Justiça Eletrônico**, 24 de agosto de 2012.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. **Direito Sanitário Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Prefácio. In: AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Huacitec, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FLEURY, Sônia; MAFORT, Ouverney Assis. Política de Saúde: uma política social. In: GIOVANELLA, L. et al. **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Fio Cruz, 2012. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 20 de maio de 2015.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro. **A judicialização da saúde em Minas Gerais: uma avaliação dos processos judiciais relacionas aos procedimentos ambulatoriais e hospitalares no período 1999-2009**. Belo Horizonte: 2013. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9C4GUV/disserta_o_fernanda_castro.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 de maio de 2015.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Consulta**. São Paulo: 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121108-07.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2015.

IBGE. Disponível em: <http://www.cidades.ibge.gov.br/download/mapa_e_municipios.php?lang=&uf=mg>. Acesso em 21 de maio de 2015.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0223.11.006015-7/004, Relator Des. Dárcio Lopardi Mendes. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 04/12/2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTR, 2014.

OMS. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 20 de maio de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70035102607, Relator Des. Arno Werlang. **Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 07/12/2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>>. Acesso em 26 de maio de 2015.



Parecer nº 06/2014/DPG

Quebra de confiança

Ref.: estado de elevada animosidade estabelecido entre assistido e Defensor Público – prestação da assistência jurídica inviabilizada – ‘quebra de confiança’ – atecnia grave – liame de natureza público-estatutária – hipótese de denegação de atendimento sujeita a confirmação pela autoridade administrativa.

I BREVE RELATÓRIO

Cuida-se de questão trazida ao conhecimento deste Gabinete nos autos da Averiguação Preliminar nº xxxx.xxxx.xxxx.0.002,²¹³ consistente no uso da expressão ‘quebra de confiança’ – referente à situação de grave incompatibilidade entre membros da Defensoria Pública e assistidos da instituição – e no resultado advindo de tal quadro, qual seja, a denegação de atendimento.

O tema é de suma relevância institucional.

De um lado, porque inexistente previsão normativa específica para reger os inúmeros casos concretos de ocorrência da suposta ‘quebra de confiança’ (conforme será exposto, a matéria se encontra sob análise do Conselho Superior da Defensoria Pública). De outro ângulo, o estado latente de indefinição pode prejudicar o serviço público oferecido às pessoas carentes, pois **desperta considerável nível de polêmica entre os Defensores Públicos Mineiros**, levando à adoção de procedimentos internos inadequados.

Logo, há necessidade premente de se firmar um posicionamento da Defensoria Pública-Geral, órgão incumbido de dirigir a Defensoria Pública do Estado, superintender e coordenar suas atividades e orientar sua atuação e velar pelo cumprimento das finalidades da instituição (LCE nº 65/2003, art. 9º, I e III).

Em síntese, é o relatório.

²¹³ A CGDPMG se abstém de informar o número real da AvP no intuito de preservar a identidade das pessoas envolvidas.

II FUNDAMENTAÇÃO

Não há como ignorar que a expressão ‘quebra de confiança’ vem sendo largamente empregada por membros da instituição para qualificar hipótese em que a incompatibilidade de opiniões (técnicas ou funcionais) entre assistido e Defensor Público, ante sua magnitude, acaba por gerar desconforto ou mesmo animosidade, inviabilizando a prestação do serviço público. A partir do estudo da natureza da relação jurídica estabelecida entre assistido e Defensoria Pública, conclui-se que o uso da referida terminologia traduz entendimento anacrônico e atécnico acerca do papel do Defensor Público no Brasil.

Em primeiro lugar, é imperioso deixar assente que confiança não configura elemento essencial da relação entabulada entre assistido e Defensor Público, mas meramente acidental.

Tal vínculo tem caráter legal, constitucional ou, conforme referido na Orientação Funcional nº 28 da Corregedoria-Geral, trata-se de *“liame de natureza público-estatutária, originado da dicção da lei e da investidura do agente no cargo público”*.

Obviamente, convém pontuar, é natural (e salutar) que o assistido adquira confiança no trabalho do Defensor Público que lhe assiste. Basta que se sinta seguro em relação ao serviço essencial prestado.

Resumindo, o elemento subjetivo ‘confiança’ (fidúcia), não é e nem nunca foi base para concretização do referido liame.

Constitui, na realidade, um requisito para formação do contrato de mandato (previsto no art. 653 e seguintes do Código Civil). Em outras palavras, é o *mandato* um *contrato intuitu personae* celebrado em razão da pessoa do mandatário, sendo a *fidúcia* seu principal elemento.

O profissional da área jurídica que atua por força de mandato é o **advogado**, que está autorizado a agir mediante outorga de procuração (instrumento do mandato) – Lei Federal nº 8.906/94, art. 5º e CPC, art. 37.

A Advocacia e a Defensoria Pública são *funções essenciais à justiça* rigorosamente distintas e aqui transcrevemos passagem da Orientação Funcional nº 31 da Corregedoria-Geral: *“Defensoria Pública Carreira jurídica que, por comando constitucional, não se confunde com a advocacia, seja em suas modalidades pública ou privada”*.

E, por razões lógicas, não há como sustentar tecnicamente que o vínculo “de natureza público-estatutária” configura um *contrato intuitu personae* celebrado em razão da pessoa do Defensor Público.

Encampar raciocínio contrário seria inadmissível.

A uma, por aceitar que o assistido que busca a instituição possui a prerrogativa de escolher o profissional que melhor lhe convém (e, em sentido oposto, autorizando também o agente público a selecionar o ‘bom assistido’ ou a ‘melhor causa’) – como se se tratasse o órgão independente de um grande escritório de advocacia.

A duas, por ignorar completamente os princípios constitucionais da impessoalidade e da eficiência, pilares que regem a atuação da Administração Pública brasileira (CR/88, art. 37, *caput*).

Resta claro, portanto, que o uso da expressão ‘quebra de confiança’ constitui resquício de um momento histórico em que as figuras do advogado e do Defensor Público se confundiam. A evolução institucional da Defensoria Pública afastou completamente a possibilidade do seu emprego.



Sobre o tema, colacionamos o posicionamento da melhor doutrina, que vem endossar nossa argumentação. Para Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva,

A dimensão da relação estabelecida entre assistido e Defensoria Pública possui características peculiares, diversas da relação contratual estabelecida entre cliente e advogado. (...) Nesse ponto, o advogado tem a liberdade de aceitar ou recusar os clientes que eventualmente venham a procura-lo, diante do caráter autônomo de sua profissão e da conseqüente possibilidade de avaliar a conveniência de defender determinada causa. Sendo assim, para a formalização da relação contratual entre o advogado e o pretense cliente deve haver o consenso entre ambos os pactuantes, possibilitando a adequada constituição da relação contratual de mandato". (...)

No âmbito da Defensoria Pública, por sua vez, a sistemática jurídica se afigura completamente diversa. **Em primeiro lugar, por força da Constituição Federal e da própria Lei Complementar nº 80/1994, a atuação institucional da Defensoria Pública é pautada pelo princípio da indeclinabilidade das causas.** Com isso, não possuem os Defensores Públicos a faculdade de escolher quais demandas irão patrocinar ou quais assistidos irão defender, **devendo obrigatoriamente atuar sempre que restar demonstrada a hipossuficiência econômica daquele que solicita a assistência jurídica gratuita (atuação típica) ou restarem preenchidos os requisitos legais ensejadores da intervenção institucional (atuação atípica).**

Do mesmo modo, analisando a questão no panorama inverso, ao assistido também não é facultada a escolha do Defensor Público que deverá patrocinar sua causa. (...) **Dessa forma, o vínculo estabelecido entre o assistido e a Defensoria Pública possui características específicas que desnaturam a consensualidade e a fidejussão inerentes ao contrato de mandato.** (...) na verdade, o vínculo estabelecido entre assistido e Defensoria Pública possui natureza estatutária, sendo regida por normas de direito público, já que as funções institucionais desempenhadas pelos Defensores Públicos devem obrigatoriamente observar o regime jurídico estatuído pela Lei Complementar nº 80/1994. (*Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 293-295)

O Defensor Público Federal Frederico Rodrigues Lima, em obra específica sobre a matéria, traça um interessante (e, a nosso ver, correto) paralelo entre a relação Defensor Público-assistido e médico atuante na rede pública de saúde-paciente:

“O cenário descrito não se diferencia, *mutatis mutandis*, daquele que se estabelece entre paciente e médico vinculado a hospital público. Diferentemente do contrato privado de prestação de serviços firmado entre o particular e o médico, no qual o caráter intuito *personae* se afigura presente, uma vez que são consideradas a experiência, o renome, o prestígio e os honorários cobrados pelo serviço, é certo afirmar que o mesmo não acontece no atendimento realizado pela rede pública de saúde. A consulta, os exames laboratoriais, o procedimento cirúrgico, enfim, toda a gama de serviços é conduzida pelo médico (agente público) designado pelo Estado, de acordo com a organização administrativa do órgão de saúde. **Não se diz, neste último caso, que se entabulou contrato entre o paciente e o servidor público, pois o serviço público de saúde é prestado de acordo com a disciplina legal e, principalmente, a partir da organização administrativa que lhe é dada pelos entes públicos**”. (*Defensoria Pública*. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 352-353.)

Feitas as considerações anteriores, que revelam a absoluta impropriedade da expressão ‘quebra de confiança’, cabe perquirir: qual seria o tratamento institucional a ser conferido às hipóteses em que a incompatibilidade entre assistido e Defensor Público torne inviável – ante seu grau de intensidade – a prestação da assistência jurídica integral pela instituição?

Não há dúvida de que, **nas situações excepcionais** de intensa animosidade entre agente público e assistido, em que for possível mitigar o princípio da indeclinabilidade das causas, **a autorização para não atuação deve ser dada pela Defensora Pública-Geral**, pois o que se verifica é **hipótese de negativa de atendimento**.

A Lei Complementar nº 65/2003 é clara ao prescrever que:

Art. 74. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública no exercício de suas atribuições:

[...]

XIV – deixar de patrocinar ação quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público Geral, com as razões de seu procedimento;

Art. 9º – Compete ao Defensor Público Geral, além de outras atribuições que lhe sejam conferidas por lei ou forem inerentes a seu cargo:

[...]

XVI – designar membro da Defensoria Pública para:

[...]

e) assegurar a continuidade dos serviços em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com o consentimento deste;”

A excepcionalidade da situação concreta – que ensejará o não atendimento pelo Defensor Público interessado – será apreciada conforme as razões submetidas ao conhecimento da Defensora Pública-Geral, autoridade máxima da instituição.

O raciocínio não poderia ser outro: basta lembrar que, em comarcas do interior do Estado em que órgão da Defensoria Pública encontra-se provido com apenas um membro, a não atuação deste terá como resultado a necessidade de o cidadão carente buscar acesso à justiça fora da instituição, mediante provocação de entidades externas (OAB – advocacia dativa, procuradoria municipal, serviço de assistência judiciária prestada por entidade de ensino superior, organização não governamental, dentre outras), excepcionando a regra constitucional prescrita pelo art. 134, *caput*, da Carta Magna (“*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.*”).

Tal exemplo ilustra a relevância pública de filtragem das hipóteses excepcionais de inviabilidade de prestação do serviço público.



III CONCLUSÃO

Diante do exposto, tendo em vista que o uso da expressão ‘quebra de confiança’ traduz, na realidade, hipótese de absoluta impossibilidade de prestar a assistência jurídica, decorrente da animosidade acentuada existente entre Defensor Público e assistido, e que tal situação **enseja a observância da regra estabelecida no art. 74, XIV, da Lei Complementar Estadual nº 65/03, opinamos** pela ampla divulgação do referido entendimento acerca da matéria, com especial encaminhamento à Corregedoria-Geral da DPMG e às Coordenadorias da instituição, de forma a assegurar a padronização do procedimento interno, com amparo no art. 9º, I e III, art. 34, XI, da Lei Complementar Estadual nº 65/03 e art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

É o parecer, s.m.j.

Belo Horizonte, 13 de março de 2014.

Cirilo Augusto Vargas
Defensor Público
Assessor da Defensoria Pública-Geral



Parte Primeira: LIVRO II – DOS PARECERES E PETIÇÕES

2.2

Manifestação da ADI: *Poder de requisição da Defensoria Pública*

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR CAETANO LEVI –
ÓRGÃO ESPECIAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS**

ADI nº: 1.0000.13.063.713-5/000

Requerente: Prefeito do Município de Belo Horizonte

**Requerido: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais e
Governador do Estado de Minas Gerais**

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, **representada pela** Defensora Pública-Geral do Estado de Minas Gerais, **nos termos do art. 100, da Lei Complementar Federal nº 80, de 12/01/1994, e do art. 9º, II, da Lei Complementar Estadual nº 65, de 16/01/2003, admitida no feito na condição de Amicus Curiae, vem, perante Vossa Excelência, nos autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE em epígrafe, e em atenção ao r. despacho de fls. 128, manifestar-se nos seguintes termos:**

I – RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Belo Horizonte, por meio da qual busca a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 9º, inciso XVII, 34, inciso XVIII e 74, IX, todos da Lei Complementar Estadual nº 65/2003, que dispõe sobre a Defensoria Pública de Minas Gerais, o regime jurídico dos Defensores Públicos e dá outras providências.

Aduz que o Prefeito Municipal teria legitimidade para ajuizar a referida ação em face da lei estadual se comprovada a pertinência temática. Nesse ponto, alega que a norma impugnada está relacionada às suas atribuições constitucionais por ser destinatário da mesma, o que justificaria a aventada pertinência.

Sustenta que a prerrogativa de requisição de documentos e providências conferida aos Defensores Públicos pela Lei Complementar 65/03 seria inconstitucional por violação ao princípio do devido processo legal que, por sua vez, estaria reproduzido pelo art. 4º da Constituição Estadual.



Alega, por fim, que a inconstitucionalidade defendida nesta ação encontraria conforto em recente decisão proferida no Eg. Supremo Tribunal Federal, na ADI 230-RJ, que tratou de questão semelhante.

Pede, ao final, a suspensão liminar da vigência dos dispositivos questionados, nos termos do art. 280 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao argumento de que estariam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A medida cautelar foi indeferida pelo insigne Desembargador Relator, conforme decisão de fls. 68/69, ao fundamento de que os requisitos autorizadores não se encontravam presentes.

Foram apresentadas as informações diretamente pela Defensoria Pública de Minas Gerais, conforme justificativa e petição de fls. 49/64, sendo formulado pedido de ingresso desta instituição no feito na condição de *amicus curiae*, o que fora deferido em despacho proferido às fls. 128, abrindo-se vista à Defensoria Pública para manifestação, o que faz nesta oportunidade.

II – PRELIMINARMENTE

II.1 – Ausência de pertinência temática – Ilegitimidade ativa

O Prefeito Municipal não tem legitimidade para figurar no polo ativo da presente ação direta de inconstitucionalidade, pois deveria estar efetivamente comprovada a pertinência temática entre os fundamentos do pedido e as suas atribuições constitucionais, o que não ocorre na espécie.

Isso porque o parâmetro constitucional utilizado, qual seja, o devido processo legal, constitui matéria processual e, portanto, situa-se no âmbito de competência privativa da União, à luz do disposto no art. 22, I, da CF/88, razão pela qual o confronto de qualquer dispositivo com a referida garantia constitucional não se encontra nos limites do interesse local do Município.

Desse modo, não há pertinência temática entre as atribuições institucionais do requerente e a norma impugnada face à garantia processual situada no âmbito de competência federal, não tendo o Prefeito Municipal legitimidade para questionar em ação direta de inconstitucionalidade matéria afeta à competência da União, não havendo se falar em interesse local da Prefeitura no controle abstrato de tal matéria.

Ademais, as normas impugnadas, que conferem ao Defensor Público o poder de requisição, não violam qualquer interesse do Município, ao contrário, trata-se de instrumento necessário à efetiva atuação da Defensoria Pública, cujas finalidades institucionais, que abarcam o controle das políticas públicas e o fortalecimento do regime democrático, são de interesse de toda a sociedade, inclusive dos munícipes de Belo Horizonte.

Desse modo, as normas questionadas pelo requerente não afetam os interesses locais do Município de Belo Horizonte, justamente por constituírem instrumentos favoráveis à tutela dos direitos e garantias dos munícipes, que também devem ser zelados pelo Prefeito Municipal.

Sobre a matéria, vale colher o seguinte julgado proferido por este Eg Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRFO ÚNICO DO ART. 14 DA LEI ESTADUAL 14.937. PAGAMENTO INTEGRAL DO IPVA NO MOMENTO DA TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO. SINDICATO DOS CONCESSIONÁRIOS E DISTRIBUIDORES DE VEÍCULOS DE MINAS GERAIS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INEXISTÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. PRECEDENTES DO PRETÓRIO EXCELSO. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (vide ADinMca 1096-RS, Rel. Min. Celso de Melo, DJU 22.09.1995 e ADinMca 1519-AL, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 13.12.1996) tem restringido a legitimidade do Governador do Estado, da Mesa da Assembleia Legislativa, da Confederação Sindical e das entidades de classe, para lhes exigir a chamada pertinência temática, ou seja, a demonstração do interesse de agir, **diante da necessidade de demonstração de uma relação lógica entre a questão versada na lei ou no ato normativo impugnado e os interesses defendidos por estes legitimados.** – Ausente tal requisito, deve ser o feito extinto sem julgamento de mérito, em razão da ilegitimidade ativa do autor. – Processo extinto. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.12.003309-7/000 – COMARCA DE BELO HORIZONTE – REQUERENTE(S): SINDICATO DOS CONCESSIONÁRIOS E DISTRIBUIDORES DE VEÍCULOS DE MG – SINCODIV – REQUERIDO(A)(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS, GOVERNADOR ESTADO MINAS GERAIS – RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. HELOISA COMBAT**

Verifica-se, pois, que a ausência de pertinência temática e, por conseguinte, a ilegitimidade ativa do Prefeito Municipal, impõe a extinção do feito sem resolução do mérito.

II.2 – Falta de interesse processual – norma impugnada prevista em Lei Complementar Federal que dispõe sobre normas gerais para os Estados

O requerente não tem interesse processual na presente demanda, pois a norma impugnada nesta ação consiste em norma geral de observância obrigatória pelos Estados, prevista na Lei Complementar Federal nº 80/94, com a redação dada pela Lei Complementar Federal 132/09, lei orgânica nacional da Defensoria Pública, que “organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados”.

Registre-se o teor dos seguintes dispositivos da citada Lei Complementar Federal 80/94:

TÍTULO IV

Das Normas Gerais para a Organização da Defensoria Pública dos Estados

CAPÍTULO I

Da Organização

Art. 97. A Defensoria Pública dos Estados organizar-se-á de acordo com as normas gerais estabelecidas nesta Lei Complementar.

(...)

CAPÍTULO IV

Dos Direitos, das Garantias e das Prerrogativas dos Membros da Defensoria Pública dos Estados

(...)



Seção III

Das Garantias e das Prerrogativas

(...)

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

(...)

X – requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições; **(g.n.)**

Tem-se, pois, que a norma impugnada consiste em norma geral federal de observância obrigatória e, estando ou não disciplinada em lei estadual, deve ser necessariamente observada pela Defensoria Pública dos Estados.

Diante disso, conclui-se que o poder de requisição do Defensor Público encontra amparo na lei complementar federal, de abrangência nacional, nos termos do art. 128, X, LC80/94, que prevê essa prerrogativa como norma geral a ser observada pelo Estado e autoriza a previsão de outras prerrogativas a serem contempladas pela lei estadual.

Dito de outra forma, trata-se de norma federal baixada em conformidade com o disposto no art. 24, XIII, CF, que dá fundamento e eficácia à prerrogativa impugnada, independentemente da vigência ou eficácia dos dispositivos da norma estadual que estão sendo questionados nesta ADI, sendo, por óbvio, inalcançável por ela.

Desse modo, verifica-se que não há interesse processual, pois a constitucionalidade questionada pelo requerente alcança matéria de competência federal, na medida em que o dispositivo impugnado é, na verdade, norma geral prevista em lei orgânica nacional e de observância obrigatória pelos Estados.

Portanto, restarão inócuos os efeitos do provimento jurisdicional almejado, pois, independentemente do resultado da demanda, subsistirá a norma federal, sendo certo que o art. 128, X, da Lei Complementar Federal 80/94, por ser norma geral a ser observada pelos Estados, é o fundamento jurídico para o uso da prerrogativa em apreço, não havendo dúvidas que o controle de constitucionalidade do referido dispositivo transcende à esfera de competência do Poder Judiciário Estadual.

Essa afirmação também é corroborada pelos fundamentos invocados na petição inicial, no sentido de que as normas impugnadas violariam a garantia do devido processo legal, conforme se verá no próximo tópico.

Portanto, esta ação direta de inconstitucionalidade também deve ser extinta sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual.

II.3 – Incompetência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Ofensa reflexa à Constituição

Aduz o requerente, conforme já exposto, que a norma impugnada afrontaria o disposto no art. 4º da Constituição do Estado, que reproduz, conforme alega, o disposto no art. 5º da CF/88, que trata da garantia do devido processo legal.

Ocorre que o parâmetro utilizado pelo recorrente para fundamentar o ajuizamento da presente ação é a Constituição da República, sendo certo que o autor menciona garantias fundamentais e princípios implícitos do texto constitucional federal (devido processo legal e segurança jurídica) para justificar a alegada inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Certo que o parâmetro utilizado tem como fonte direta a Constituição da República, inexistindo norma autônoma sobre essa garantia na Constituição do Estado de Minas Gerais, cujo art. 4º faz apenas uma remissão genérica aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição da República.

Conclui-se, pois, que o enfrentamento das normas questionadas pelo autor, nos termos aduzidos na petição inicial, dá-se perante a Constituição Federal, e não perante a Constituição do Estado, pois os fundamentos da exordial, em sua integralidade, fazem referência a garantias e a princípios previstos na Constituição da República, não competindo ao Tribunal de Justiça, portanto, o controle abstrato das normas impugnadas, mas, sim, ao Supremo Tribunal Federal.

Cite-se, sobre a matéria, o voto proferido pelo Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da Reclamação 370-MT:

“as normas de reprodução só aparentemente são normas estaduais; a reprodução na Constituição Estadual de normas constitucionais obrigatórias, em termos estritamente jurídicos, é ‘ociosa’. Não obstante a forma de proposição normativa do seu enunciado, vale por simples explicitação da absorção compulsória do preceito federal, essa, a norma verdadeira, que extrai força de sua recepção pelo ordenamento local, exclusivamente, da supremacia hierárquica absoluta da Constituição Federal.” (Reclamação 370-MT)

No mesmo sentido, o voto do Ministro Octavio Galloti, proferido no julgamento da reclamação acima mencionada:

Nenhum dos dispositivos da Constituição do Mato Grosso, invocados pelo Partido dos Trabalhadores, possui, portanto, conteúdo próprio ou autônomo, suscetível de dissociar-se da Constituição Federal, de que são, todos eles, imediata e servil consequência.

Verifica-se, então, sem maior esforço, que a verdadeira causa de pedir é a incompatibilidade do ato normativo estadual perante a Constituição Federal, o que, em sede de ação direta, só se inscreve na competência do Supremo Tribunal (Constituição, art.102, I a e p), não na consentida aos Tribunais estaduais (art.125, §2º).

Ademais, vislumbra-se na petição inicial que o recorrente se vale de dispositivos previstos em leis infraconstitucionais no intuito de encontrar fundamento para a inconstitucionalidade alegada. É o que se infere do item 37 da exordial, assim desenvolvido, *in verbis*:

“A Constituição da República outorgou aos Defensores Públicos o encargo de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (...), onde, no exercício desse mister, hão de gozar das mesmas prerrogativas de que usufruem os demais advogados, tanto que a própria LC80/94 exige para o exercício do cargo de defensor público o registro na Ordem dos Advogados do Brasil (arts. 26 e 71). Além disso, o próprio Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), estabelece que ‘exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei (...) os integrantes (...) da Defensoria Pública (...). Assim, verifica-se que conferir à Defensoria Pública a abrangência do poder de requisição previsto no art. 128, X, da LC 80/94, é incidir em situação de extrema desigualdade (...). (g.n.)



Verifica-se, pois, que a alegada ofensa à Constituição do Estado, conforme aduzido pelo recorrente na presente ADI, seria apenas reflexa, e não direta, pois foi necessário confrontar as normas impugnadas a dispositivos previstos em leis federais para justificar a suposta violação à norma constitucional de parâmetro, porquanto necessária a prévia análise dos arts. 26 e 71 da Lei C 80/94 e do disposto na Lei 8.906/94, o que corrobora a inexistência de ofensa direta à norma constitucional e, sobretudo, a inclusão da matéria na órbita de competência federal.

Nesse sentido, registre-se o seguinte julgado:

Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade quando é necessário o prévio confronto entre o ato normativo impugnado e outras normas jurídicas infraconstitucionais de modo a evidenciar-se sua inconstitucionalidade, verificando-se, portanto, o caráter reflexo da pretendida violação à CF. Com esse entendimento, o Tribunal não conheceu de ação direta ajuizada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, contra o art. 201 e inciso II da LC 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público da União – (“Art. 201 - Não poderá concorrer à promoção por merecimento, até um dia após o regresso, o membro do Ministério Público afastado da carreira para: II – exercer outro cargo público permitido por lei.”), por ausência de ofensa direta à CF, já que a alegada inconstitucionalidade depende da prévia análise do inciso II, do art. 7º da Lei 1.341/51 (“Art. 7º – Entende-se por antiguidade de classe o tempo de efetivo exercício em cargo da mesma categoria na carreira, deduzidas quaisquer interrupções, salvo as motivadas por licença e disponibilidade remuneradas, comissão, exercício de mandato legislativo, férias ou suspensão em virtude de processo criminal, quando não ocorrer condenação. Em relação ao merecimento, serão levados em consideração, entre outros, principalmente, os seguintes atributos: ... II – exercício interino, ou em comissão, de cargo de categoria superior, ou em outras funções ou atividades relevantes de natureza jurídica.”). Precedentes citados: ADIn 252-PR (julgada em 20.11.97, acórdão pendente de publicação); ADInMC 842-DF (DJU de 14.5.93); ADIn 1.540-MS (julgada em 25.6.97, acórdão pendente de publicação); ADInMC 1.692-SP (DJU de 28.11.97).”

Diante do exposto, conclui-se pela incompetência absoluta deste Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais para julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade.

E se ultrapassadas as preliminares acima arguidas, não deve ser conhecida a presente ação, pois a alegada inconstitucionalidade, nos termos expostos na petição inicial, conduz à conclusão de que a ofensa, caso existisse, seria apenas reflexa ao texto constitucional.

III – DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Aduz o requerente que as prerrogativas de requisição do Defensor Público (art. 74, IX, LC65/03), do Defensor Público-Geral (art. 9º, XVII) e do Corregedor-Geral (art. 34, XVIII) constituiriam violação ao devido processo legal, ao argumento de que a dita prerrogativa seria exercida sem que o membro da Defensoria Pública observasse a exigência do “processo justo”, o que tem causado “inconvenientes administrativos” à Prefeitura de Belo Horizonte e “colocado autoridades municipais em situação de ilegítima vulnerabilidade.”

Aduz, ainda, que tal prerrogativa poderia transformar o Defensor Público em um “superadvogado”, portador de poderes especiais e em “situação de desigualdade com os demais advogados”, asseverando, ainda que a ADI 230 em trâmite no Eg. STF trata da mesma matéria e declarou inconstitucional norma da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Inicialmente, cumpre registrar, conforme mencionado pelo próprio autor, que o acórdão proferido na ADI 230 ainda não foi publicado, sendo certo, portanto, que não se trata de coisa julgada material ou formal.

E a par do voto proferido pela Exma. Ministra Cármen Lúcia na citada ADI 230, transcrito na petição inicial da ação sob análise, vale ressaltar que esta mesma insigne ministra, em voto proferido na ADI 3965, conferiu tratamento adequado à Defensoria Pública, condizente com o seu assento constitucional de instituição essencial à função jurisdicional do Estado e ao Estado Democrático de Direito, a exemplo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4163 e nº 4056.

À Defensoria Pública, instituição de Estado autônoma e essencial à materialização do acesso à justiça, incumbe a prestação da assistência jurídica integral e gratuita às pessoas desprovidas de recursos, na esteira do art. 5º, LXXIV c/c art. 134 da CF/88, sendo certo que o termo integral se justifica pela abrangência da assistência prestada, que não se restringe à atuação judicial, pois também alcança a esfera extrajudicial, em demandas individuais e coletivas.

Nesse sentido, regulamentando o art. 134 da CF/88, a Lei Complementar Federal 80/94, que prescreve normas gerais para as Defensorias Públicas dos Estados, prevê as seguintes finalidades da instituição, dentre outras, *in verbis*:

“II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

(...)

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

(...)



X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; **(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).**

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”.

(...)

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas.

(...)

XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos.” (g.n.)

Vislumbra-se, portanto, que a atuação da Defensoria Pública abrange diversas situações de hipossuficiência e vulnerabilidade que, igual modo, demandam os serviços prestados pela instituição em diversas hipóteses e frentes de atuação, como em processos judiciais, processos administrativos e procedimentos de fiscalização e controle dos atos do Poder Público.

Extraí-se das referidas hipóteses de atuação, naturalmente, que as funções dos membros da Defensoria Pública, como instituição incumbida de prestar serviço público essencial imposto constitucionalmente ao Estado, não prescinde de determinadas garantias, deveres e prerrogativas próprias, compatíveis com as atribuições e os deveres do cargo.

Nesse ponto, imperioso elucidar que a prerrogativa de requisição não está prevista em favor da pessoa do Defensor Público, não se tratando de um benefício ou privilégio, mas, sim, de prerrogativa necessária ao exercício das funções do cargo público.

Com efeito, tal prerrogativa é instrumento jurídico válido e legítimo para o exercício das funções atribuídas ao membro da Defensoria Pública, instrumento dotado, portanto, de inequívoco interesse público e legitimação social, pois utilizado em prol da defesa dos direitos e das garantias das pessoas hipossuficientes que buscam os serviços prestados pela instituição.

Trata-se, pois, de instrumento compatível e harmônico com o mister constitucional da Defensoria Pública, cujos membros, diante da prerrogativa em questão, não podem ser comparados com “superadvogados”.



III.1 –Do não cabimento da tese do “superadvogado” e da distinção do regime jurídico do Defensor Público e do advogado – não aplicação da Lei 8.906/94 aos membros da Defensoria Pública

O Defensor Público é regido por lei orgânica específica (Lei Complementar Federal 80/94 e Lei Complementar Estadual 65/03), estando submetido a um regramento próprio da carreira da Defensoria Pública, haja vista o seu *status* constitucional de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, dotada de autonomia funcional, administrativa e orçamentária, nos termos do art. 134, §2º, da CR/88.

Com efeito, diante da autonomia da instituição, o defensor público se submete a uma deontologia e a um sistema específicos, com preceitos éticos, deveres, prerrogativas e demais regras de conduta compatíveis com as suas atribuições legais, não estando submetido ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e à fiscalização externa pela OAB, o que seria incompatível com a autonomia conferida pelo Poder Constituinte à Defensoria Pública, desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/04.

A atuação do Defensor Público consiste, em verdade, na atuação do próprio Estado na defesa do cidadão e, portanto, quando requisita informações, providências e documentos, o faz em nome do Estado-Defesa. Este – representado pela instituição Defensoria Pública – está constitucionalmente previsto ao lado do Estado-Acusação e do Estado-Juiz, por sua vez representados pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, garantiu o Poder Constituinte a prestação de serviço essencial pelo Poder Público, nas esferas de competência legalmente previstas ao poder e às instituições típicas de Estado ora mencionadas.

Ou seja, a atuação do Defensor Público, assim como dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, deve ser entendida como a atuação do próprio Estado, representado pelo referido poder e ditas instituições estatais que, por sua vez, são “presentados” pelos seus membros, agentes públicos investidos em cargo público por meio de concurso público de provas e títulos.

Portanto, não há dúvidas que a atuação do Defensor Público se distingue do trabalho do advogado no patrocínio da causa de seu cliente, pois a profissão do advogado é exercida através de uma relação contratual ancorada em regras de livre mercado, onde o cliente procura o profissional que deseja e o advogado celebra o contrato de prestação de serviço se houver interesse no patrocínio da causa.

Naturalmente, a atuação do Defensor Público não se baseia em vínculo contratual e ao mesmo não compete eleger a causa de seu interesse, eventualmente recusando a atuação na defesa do cidadão hipossuficiente, pois a sua atuação é movida, unicamente, pelo interesse público, já que está incumbido de prestar um serviço público essencial imposto ao Estado pelo art. 5º, LXXIV e art. 134, *caput*, da Constituição Federal.

Sobre a matéria, cita-se a autorizada doutrina de Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva, que reforça as distinções entre o Defensor Público e o advogado. Veja-se:



“Em primeiro lugar, por força da Constituição Federal e da própria Lei Complementar nº 80/1994, a atuação institucional da Defensoria Pública é pautada pelo princípio da indeclinabilidade das causas. Com isso, não possuem os Defensores Públicos a faculdade de escolher quais demandas irão patrocinar ou quais assistidos irão defender, devendo obrigatoriamente atuar **sempre que restar demonstrada a hipossuficiência econômica daquele que solicita a assistência jurídica gratuita (atuação típica) ou restarem preenchidos os requisitos legais ensejadores da intervenção institucional (atuação atípica).**

Do mesmo modo, analisando a questão no panorama inverso, ao assistido também não é facultada a escolha do Defensor Público que deverá patrocinar sua causa. (...) Dessa forma, o vínculo estabelecido entre o assistido e a Defensoria Pública possui características específicas que desnaturam a consensualidade e a fidedignidade inerentes ao contrato de mandato. (...) na verdade, o vínculo estabelecido entre assistido e Defensoria Pública possui natureza estatutária, sendo regida por normas de direito público, já que as funções institucionais desempenhadas pelos Defensores Públicos devem obrigatoriamente observar o regime jurídico estatuído pela Lei Complementar nº 80/1994”. (*Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 293/295) (g.n.)

Vale dizer, ainda, que a atuação da Defensoria Pública visa a garantir a efetivação do princípio da igualdade, da paridade de armas e do acesso a uma ordem jurídica justa, atuando como Estado-Defesa em favor do hipossuficiente de forma a assegurar, em juízo ou fora dele, a concretização dos princípios do Estado Democrático, conferindo equilíbrio, justiça e pacificação às relações sociais.

Ademais, ressalta-se que a prerrogativa de requisição é instrumento indispensável ao fiel desempenho das funções institucionais da Defensoria Pública na prevenção dos litígios e, se já instaurados, na resolução extrajudicial e pacífica dos mesmos, pois, como instituição de Estado, a prevenção dos conflitos e a sua resolução pacífica são funções consideradas prioritárias na Defensoria Pública, conforme o teor da norma geral de observância obrigatória prevista no art. 4º II, da LC 80/94, acima transcrito.

Com efeito, a prerrogativa de requisição permite ao Defensor Público exercer as suas funções com observância à referida norma, evitando demandas desnecessárias ou inviáveis juridicamente, assim contribuindo para a desjudicialização dos conflitos.

Portanto, a prerrogativa de requisição interessa não apenas à sociedade, formada por pessoas hipossuficientes assistidas pela Defensoria Pública em procedimentos individuais ou coletivos, que podem abranger diversas comunidades vulneráveis, mas também ao próprio Poder Judiciário e ao interesse público a que se volta o Estado, na busca de uma atuação preventiva, pacífica e efetiva de resolução dos conflitos.

Aduz o requerente, ainda, que o Defensor Público estaria submetido às disposições da Lei 8.906/94, ao passo que os arts. 26 e 71 da LC 80/94 induziriam à conclusão de que Defensor Público deveria estar registrado na Ordem dos Advogados do Brasil para exercer as suas funções.

No entanto, tal premissa não é verdadeira, uma vez que o Defensor Público se submete a regime jurídico administrativo previsto em lei orgânica específica, conforme visto, e cujas disposições situam a atuação do Defensor Público no âmbito de fiscalização e controle de órgão correcional próprio – a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública (art. 103, LC 80/94 e art. 32, LC 65/03) –, com previsão de procedimentos administrativos disciplinares e sanções aplicáveis ao Defensor Público.

Desse modo, este não pode ser submetido a dois sistemas de fiscalização e sanção – sob pena de “bis in idem” –, assim como não pode se submeter à intervenção de ente correcional externo à Defensoria Pública, sob pena de violação à autonomia da instituição, prevista no art. 134, §2º da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/04.

Registre-se, ainda, que o art. 4º, §6º, da Lei Complementar Federal 80/94, com a redação da Lei Complementar 132/09, estabelece que a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente da investidura no cargo, não sendo necessária a procuração, inclusive porque incompatível com a atuação do Defensor Público.

E consoante já exposto, o Defensor não atua através de mandato, pois inexistente relação contratual entre o mesmo e o seu assistido, cujos direitos e interesses defende em razão de norma constitucional expressa, que impõe ao Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, independentemente de fidúcia, elemento essencial do mandato.

Dá não se falar em procuração para a atuação do Defensor Público ou de necessidade de inscrição na ordem para exercer as suas funções institucionais, pois presta serviço público do qual está incumbido constitucionalmente, com observância ao princípio da indeclinabilidade de causas, a admitir temperamentos em situações excepcionais, mediante controle do Defensor Público-Geral (art. 74, XIV, LC65/03).

Nesse mesmo sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, em parecer que analisa a alegada necessidade de vinculação do membro da Defensoria Pública à OAB, em resposta à consulta formulada pela Associação dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo, *verbis*:

Deveras, como foi inicialmente visto, a Constituição do País, que é a Lei Suprema, estabeleceu no §1º do art. 134, que lei complementar nacional disporá sobre as normas gerais de sua organização nos Estados, e o §2º dispôs que as Defensorias Estaduais gozariam de autonomia funcional e administrativa. Dessarte, o que diz respeito a tais órgãos públicos fica, ‘ex vi Constitutionis’, sob a égide de lei complementar. Donde, a partir do instante que lei complementar (Lei Complementar nº 132 de 07.10.2009) estabeleceu que a ‘capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público’, nunca poderia prevalecer disposição contrária proveniente de lei ordinária. (g.n.)

Eis, pois, que não há critério interpretativo algum que milite em desfavor do reconhecimento de que a sobredita capacidade postulatória prescinde da presente vinculação à OAB. **(g.n.)**

No mesmo sentido, imperioso mencionar os pareceres exarados pela Procuradoria-Geral da República e pela Advocacia-Geral da União, na ADI nº 4636, cujos teores sustentam a desnecessidade de inscrição do Defensor Público na OAB para o desempenho de suas funções. Veja-se:

O direito de acesso à prestação jurisdicional é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Sem a garantia efetiva de acesso à Justiça, a proclamação de todos os demais direitos tornar-se-ia mera peça retórica, pois o cidadão não teria como protegê-los diante da sua violação, sobretudo quando esta fosse perpetrada pelo próprio Estado (...)

Se a estrutura em carreira da Defensoria Pública ‘opera como garantia da independência técnica da instituição, não faz sentido algum vincular seus membros ao poder disciplinar da OAB.’ (...)



Portanto, em conclusão quanto a esse ponto, não há disposição constitucional que autorize entendimento de que os Defensores Públicos deveriam estar inscritos na OAB para atuarem como tal. Muito pelo contrário, o tratamento dispensado a essa instituição livra-a de ingerências externas, especialmente no que diz respeito ao exercício das funções que lhe são típicas. **(Parecer da PGR na ADI 4636, em 10.05.2012) (g.n.)**

Cita-se, ainda, o Parecer da AGU:

Assim, verifica-se que a Lei Complementar nº 132/09, ao conferir nova redação ao artigo 4º, §6º, da Lei Complementar nº 80/94, dispondo que a capacidade postulatória dos defensores públicos decorre da nomeação e posse, revogou tacitamente parte do art. 3º da Lei 8.906/94 que incluía dentre os destinatários desse último diploma legal os membros da Defensoria Pública. A situação, portanto, é de sucessão temporal entre atos normativos estatais de mesma hierarquia e não de inconstitucionalidade. (Parecer da AGU na ADI 4636, em 09.2012)

Portanto, deve ser afastada a tese de que a prerrogativa de requisição ensejaria desigualdade entre os Defensores Públicos e os advogados, pois, conforme exposto, Defensores Públicos e advogados são, de fato, desiguais, o que não significa dizer que há privilégio ou demérito de um ou de outro, mas, tão somente, que há natural distinção, diante do regime jurídico a que estão submetidos, com deontologias próprias e específicas.

III.2 –Do *status* constitucional da Defensoria Pública como instituição autônoma essencial à função jurisdicional e ao Estado Democrático de Direito – isonomia em relação às demais instituições essenciais à Justiça – Emenda Constitucional nº 80/2014

Desde a Reforma do Judiciário, inaugurada pela Emenda Constitucional nº 45/04, o Poder Constituinte derivado conferiu às Defensorias Públicas dos Estados a autonomia necessária ao fiel cumprimento de suas finalidades institucionais.

A autonomia funcional, inerente ao *status* constitucional da Defensoria Pública e às suas finalidades institucionais, permite que a instituição e os seus órgãos de execução exerçam suas funções com liberdade e independência, resguardando-os das eventuais pressões e interferências externas.

Sobre a autonomia da Defensoria Pública, cuja consagração constitucional e aplicação imediata já estão pacificadas no âmbito do Eg. Supremo Tribunal Federal, nos termos dos julgamentos proferidos na ADI nº 3569-0/PE, ADI nº 3965-MG e ADI nº 4056-MA, vale citar, especificamente, o voto relator da Exma. Ministra Carmen Lúcia, no julgamento da ADI nº 3965–MG. Veja-se:

Considerada a Defensoria Pública da União e, também, as Defensorias Públicas do Estado, competentes pela defesa dos economicamente desprovidos, na justa garantia da jurisdição, a Emenda Constitucional n. 45/2004 garantiu autonomia funcional e administrativa das defensorias estaduais, porque consideradas um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, não podendo, por isso, subordinar-se a órgão específico do Poder Executivo.

(...)

Ao enfatizar a autonomia e independência da Defensoria Pública, Paulo Galliez conclui que 'suas características atuais são exatamente aquelas que identificam o Ministério Público e o Tribunal de Contas, órgãos igualmente independentes e autônomos' (*A Defensoria Pública. O Estado e a Cidadania*. Rio de Janeiro :Lumen Júris, 2006, p. 126).

A questão objeto da presente ação não é nova no Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.569, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, quanto à constitucionalidade de dispositivo de lei do Estado de Pernambuco que vinculava a Defensoria Pública daquele Estado à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, à unanimidade entendeu pela declaração de sua inconstitucionalidade.

Naquele julgamento, o Relator ressaltou o quanto posto pelo Procurador-Geral da República, para quem, ao contrário do argumentado pelo Governador do Estado de Pernambuco e pelo Presidente da Assembléia Legislativa daquele Estado, '(...) a norma inscrita no supratranscrito artigo 134, § 2º, da Constituição Federal é auto-aplicável e de eficácia imediata, haja vista ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos.

12. De fato, o papel da Defensoria Pública como instrumento de afirmação da dignidade humana, através da garantia do acesso ao Poder Judiciário, é relevante e fundamental à construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, daí porque possui eficácia imediata a norma que assegura a autonomia da Instituição.

13. Isso significa que a vinculação da Defensoria Pública a qualquer outra estrutura do Estado se revela inconstitucional, na medida em que impede o pleno exercício de suas funções institucionais, dentre as quais se inclui a possibilidade de, com vistas a garantir os direitos dos cidadãos, agir com liberdade contra o próprio Poder Público.

(...)

16. Nesse sentido, observe-se que o artigo 3º, da LC n. 80/94, estabelece como princípio institucional da Defensoria Pública a independência funcional. Logo, tal independência atinge tanto a Defensoria Pública como instituição, quanto cada um dos seus membros, enquanto agentes políticos do Estado.

17. Assim, claro está que o dispositivo impugnado é contrário ao texto constitucional, pois vincula a Defensoria Pública ao Poder Executivo Estadual, ignorando o comando constitucional introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que garantiu à instituição a autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária'. (g.n.)

Cite-se, ainda, trecho do voto relator proferido pelo Exmo. Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADI 4163-SP, em que fora declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que tornava obrigatório o convênio entre a Defensoria Pública de São Paulo e a OAB. Veja-se:

Ninguém tem dúvida de que a EC nº 45/2004 conferiu essa relevantíssima garantia institucional às Defensorias Públicas Estaduais, não por excesso nem acaso, senão para que, a salvo de ingerências ou injunções político-administrativas do Poder Executivo ou doutras esferas, possam exercer, em plenitude, o nobre ofício de assistência jurídica gratuita aos que não dispõem de meios econômicos para a contratação de advogado, tornando-os com isso, em especial, sujeitos ativos do direito fundamental de acesso à Justiça.

Escusaria dizer que o conceito de autonomia equivale à idéia de auto-administração, a qual implica poder de escolha, guiado pelo interesse público, entre as alternativas juridicamente reconhecidas a certo órgão. Numa síntese, é autônomo o órgão que se rege e atua mediante decisões próprias, nos limites de suas competências legais, sem imposições nem restrições de ordem heterônoma.



Daí se tira, sem grande esforço, que a autonomia outorgada no art. 134, § 2º, da Constituição da República, como meio ou instrumento necessário para o correto e frutuoso desempenho das atribuições institucionais, pressupõe, no âmbito destas, correspondente liberdade de atuação funcional e administrativa, cuja limitação ou desnaturamento por norma subalterna tipifica situação de clara inconstitucionalidade. **(g.n.)**

Enfim, o assento constitucional da Defensoria Pública como instituição autônoma essencial à função jurisdicional do Estado, ao acesso à justiça e à promoção dos direitos humanos permite concluir que as suas funções institucionais só podem ser fielmente exercidas se seus membros forem dotados de direitos, deveres e prerrogativas compatíveis com as funções e os deveres do cargo.

Viu-se que as finalidades da instituição alcançam a atuação processual em juízo e também atividades de controle e monitoramento das políticas públicas e da atuação estatal, em procedimentos extrajudiciais, devendo ser afastada a tese de que a prerrogativa de requisição caberia apenas ao Ministério Público, conforme aduz o requerente.

Na atual conjuntura do Estado Democrático do Direito, em que o Poder Constituinte conferiu à Defensoria Pública assento constitucional de instituição essencial à justiça, coexistindo em igualdade de direitos, garantias e prerrogativas com a outra instituição também essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público, não há como conceber a tese de que caberia apenas a esta última o papel de fiscal da lei.

Ora, se ao Estado-Acusação é necessário conferir prerrogativas e instrumentos necessários ao desempenho de suas funções institucionais, porque ao Estado-Defesa não seria necessário conferir prerrogativas e instrumentos da mesma natureza? Certamente não há resposta para tal indagação, salvo se concebida a ideia, na qual insistimos em não acreditar, que os interesses defendidos pela Defensoria Pública seriam interesses menores e, portanto, não mereceriam a mesma preocupação e valorização pelo Estado.

Vale mencionar, apenas a título de exemplo, que o legislador, atento às normas constitucionais pertinentes à Defensoria Pública e às suas finalidades institucionais, previu a instituição como órgão da execução penal (art. 61, VIII, Lei 7.210/84, com a redação da Lei 12.313/10) e como parte legítima para ajuizar ações coletivas (art. 5º, Lei 7347/85, com a redação da Lei 11.448/07), concluindo-se, pois, que o papel de fiscal da lei e de defensor da sociedade não está adstrito ao Ministério Público.

Dessas funções e de outras previstas tanto nas normas gerais da Lei Complementar 80/94, quanto nas normas da Lei Complementar Estadual 65/03, extrai-se nitidamente o papel da Defensoria Pública como instituição garantidora dos direitos da sociedade, pois, como reforçado no voto proferido pela Exma. Ministra Cármen Lucia na ADI 3965, a Defensoria Pública é “instrumento de efetivação dos direitos humanos” e de “afirmação da dignidade humana”, atuando em processos judiciais e administrativos, individuais e coletivos, e em procedimentos de controle e fiscalização das políticas públicas.

Nesse contexto, a recente Emenda Constitucional nº 80/2014 vem novamente reforçar o tratamento jurídico-constitucional que deve ser dado à Defensoria Pública, na medida em que, alterando a redação do art. 134, da CR/88, prevê expressamente a Defensoria Pública como “instituição permanente”, sendo “expressão e instrumento do regime democrático”.

No mesmo sentido, a referida emenda ressalta o tratamento isonômico das instituições autônomas essenciais à função jurisdicional, determinando a aplicação, no que couber à Defensoria Pública, do art. 93 e art. 96 da Constituição Federal, inseridos no capítulo que trata do Poder Judiciário.

É certo, portanto, que as finalidades da instituição alcançam a atuação judicial e extrajudicial, preventiva e reparadora, abarcando atividades de controle, fiscalização e monitoramento dos atos estatais e políticas públicas, o que autoriza concluir, sobretudo por ser um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, que à Defensoria Pública também é atribuída a função de fiscal do ordenamento e dos interesses da sociedade.

Ante o exposto, a norma geral de observância obrigatória prevista no art. 128, X, da LC 80/94, assim como as normas de reprodução ora impugnadas, são normas válidas, legítimas e compatíveis com a Constituição Federal e com a Constituição do Estado de Minas Gerais, considerando o *status* constitucional da Defensoria Pública e o interesse público que norteia as suas finalidades institucionais.

III.3 – Alteração da ordem jurídica constitucional desde a ADI230 e a Lei de Acesso à Informação

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 230 questionava dispositivos previstos na Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989, acerca das prerrogativas dos membros da Defensoria Pública daquele estado, ao argumento de que ditas prerrogativas deveriam estar regulamentadas por lei federal, nos termos do art. 22, I, da CF/88.

Ocorre que há norma federal superveniente que regulamenta as prerrogativas dos Defensores Públicos, tratando-se da Lei Complementar Federal 80/94, recentemente alterada pela Lei Complementar Federal 132/09, que não fora alcançada pela ADI 230, cujos questionamentos, portanto, ficam prejudicados frente à nova ordem jurídica constitucional instaurada.

Ressalta-se que a ADI 230 se direciona à Constituição do Estado do Rio de Janeiro em sua redação original, datada de 1989, ou seja, antes da vigência da Lei Complementar 80/94, que regulamenta o art. 134 da Constituição Federal, e antes de sua alteração pela Lei Complementar Federal 132/09.

Vale destacar que a vigente ordem jurídica é reconhecida como legítima e constitucional pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, a teor dos julgados acima mencionados, que conferem o tratamento adequado à Defensoria Pública e a seus membros, que inclusive foram considerados como agentes políticos de Estado pela Exma. Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADI 3965.



Não se olvida, por fim, da Lei nº 12.527/11, conhecida como a Lei de Acesso à Informação, que constitui forte substrato à prerrogativa de requisição do Defensor Público, agente público investido de atribuições, deveres e garantias compatíveis com as responsabilidades do cargo, cujas funções lhe impõem a adoção de todas as providências jurídicas necessárias à assistência dos cidadãos que recorrem aos serviços da Defensoria Pública.

Tais providências, por certo, estão amparadas pela vigente ordem jurídica constitucional, que prevê diversos instrumentos legais para a efetivação dos princípios da transparência, da publicidade e da moralidade na Administração Pública, como a Lei nº 12.527/11, não havendo dúvidas, portanto, que a prerrogativa de requisição impugnada encontra amparo em “algo permitido por lei”, conforme questiona o requerente no item 31 da petição inicial.

Sobre o cenário jurídico de que ora se fala, colha-se trecho do voto proferido pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI 4638:

A publicidade, como bem enfatizou o eminente Decano, Ministro Celso de Mello, na decisão monocrática proferida na Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 24.725, atua como fator de legitimação dos atos estatais, pressupõe o acompanhamento pela sociedade de tudo que esteja no âmbito da denominada coisa pública. Esta pertence a todos, não se podendo invocar a intimidade, ou seja, a guarda de sigilo quanto a elementos que a compõem. (...)

A quadra é reveladora de um novo senso de cidadania, transparecendo o interesse geral em dominar, sob o ângulo do conhecimento, tudo o que se implemente na seara administrativa, presentes atos omissivos e comissivos. (...) (g.n.)

Verifica-se, pois, que a vigente ordem jurídica constitucional, premida pela efetivação dos princípios da publicidade, da moralidade e da transparência na Administração Pública, não permite a escusa do cumprimento da necessária prestação de contas e de informações pelo Poder Público, e se tal negativa não é autorizada pela legislação de regência, não se justifica o temor apresentado pelo autor quanto à prerrogativa de requisição, pois a lei já comina sanções pela negativa ao direito de informação, independentemente da via utilizada.

O art. 2º, §2º, da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte prevê que o exercício do poder pelo povo se dá, dentre outros instrumentos, pela ação fiscalizadora sobre a Administração Pública, sendo que o art. 3º prevê que é objetivo do Município assegurar o uso de tais mecanismos de controle.

O art. 4º, por sua vez, estabelece que qualquer do povo tem o direito de requerer informações sobre projeto do Município, e que será observado o princípio da publicidade nos processos administrativos, independentemente do objeto e do procedimento.

No mesmo art. 4º, da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, encontram-se previstas as sanções aplicáveis às hipóteses de violação dos direitos acima mencionados, *verbis*:

§7º – Será punido, nos termos da lei, o agente público que, no exercício de suas atribuições e independentemente da função que exerça, violar direito previsto nas Constituições da República e do Estado e nesta Lei Orgânica.

§ 8º - Incide na penalidade de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção, em órgão ou entidade da administração pública, o agente público que deixar injustificadamente de sanar, dentro de sessenta dias da data do requerimento do interessado, omissão que inviabilize o exercício de direito previsto nas Constituições da República ou do Estado ou nesta Lei Orgânica.

Portanto, tais fundamentos reforçam a improcedência do pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto se contrapõe à vigente ordem jurídica constitucional, em que o novo senso de cidadania e dever de transparência se harmonizam, em sua integralidade, com a prerrogativa de requisição do Defensor Público.

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que:

- a) Deve ser extinto o feito sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa, ante a ausência de pertinência temática, por falta de interesse processual, considerando que a matéria é regida por norma geral federal, de observância obrigatória pelo Estado de Minas Gerais, que fundamenta e dá eficácia à prerrogativa impugnada e, por fim, pela incompetência absoluta deste Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
- b) Ultrapassadas as preliminares suscitadas, deve ser julgado improcedente o pedido, pois as normas impugnadas não representam violação à norma constitucional de parâmetro, estando em harmonia com a Constituição do Estado de Minas Gerais e com a Constituição da República, inexistindo violação à garantia do devido processo legal.

Sendo o bastante, aguarda deferimento.

Belo Horizonte, 05 de setembro de 2014.

Christiane Neves Procópio Malard
Defensora Pública-Geral

Marina Gomes de Carvalho Pinto
Defensora Pública – MADEP 0616
Assessoria Jurídico-Institucional da Defensoria Pública-Geral



Manifestação Ação Rescisória

Autonomia administrativa da Defensoria Pública

**EXMO SR. DESEMBARGADOR PRIMEIRO VICE PRESIDENTE
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Ação Rescisória
Acórdão Rescindendo/
Processo nº: 1.0508.06.002470-2/001/
7ª Câm. Cível

ISENÇÃO DE CUSTAS – art. 10, VII, da Lei Estadual nº 14.939/03

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, CNPJ nº: 05.599.094/0001-80, instituição autônoma integrante do sistema constitucional de justiça, nos termos do art. 134 da CR/88, por meio de sua representante legal, a **DEFENSORA PÚBLICA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, de acordo com o art. 100, da Lei Complementar Federal 80, de 1994, e do art. 9º, I, II e III, da Lei Complementar 65/03, com domicílio na Rua Bernardo Guimarães, nº 2.640, 10º andar, bairro Santo Agostinho, Belo Horizonte/MG, CEP: 30140-082, Belo Horizonte/MG, vem propor

AÇÃO RESCISÓRIA

em face do **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, CNPJ: 20.971.057.0001/45, na pessoa de seu Procurador-Geral de Justiça (art. 18, I, da LCE 34/94), com sede na Av. Álvares Cabral, nº 1690, bairro de Lourdes, Belo Horizonte/MG, CEP 30170-001 e do **ESTADO DE MINAS GERAIS**, CNPJ nº 18.715.615/0001-60, pessoa jurídica de direito público interno, da Administração Direta, inscrito no CNPJ sob o nº 18.715.516/0001-88, situado na rodovia Prefeito Américo Gianetti, S/Nº – Serra Verde – Cidade Administrativa, Belo Horizonte/MG, CEP 31630-901, representado por sua Procuradoria Geral, com endereço na rua Espírito Santo, 495 – Centro, Belo Horizonte – MG, CEP: 30160-030, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DA ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA / AÇÃO RESCISÓRIA:

De pronto, verifica-se a pertinência do manejo da presente ação rescisória, uma vez que a pretensão da autora é a de ver rescindido o v. Acórdão proferido nos autos do Processo nº: 1.0508.06.002470-2/001, proveniente da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob o fundamento de ofensa a texto expresso de lei (art. 485, V, CPC).

Ademais, nos termos da certidão anexa, **houve o trânsito em julgado do *decisum* combatido**, mais precisamente **em 24/03/14**, estando, pois, preenchido o pressuposto de admissibilidade previsto no art. 485 do CPC, além do requisito temporal **(*decadencial*) previsto no art. 495 do CPC**.

II – DA LEGITIMIDADE ATIVA DA DPMG:

Apesar da ora demandante não ter participado do processo no qual foi proferido o *decisum rescindendo*, pode e deve ser parte autora nessa ação rescisória, como **terceira juridicamente interessada**, nos termos do art. 487, II, do CPC.

Ademais, cabe à Defensoria Pública de Minas Gerais, representada judicialmente pela Defensora Pública-Geral do Estado (art. 9º, II, da LC 65/03 e art. 100 da LC 80/94), ingressar com a demanda em objeto, em defesa das prerrogativas da instituição e de seus membros, medida indispensável ao fiel desempenho de suas finalidades institucionais.

Nesse ponto, imperioso ressaltar que a Defensoria Pública de Minas Gerais possui legitimidade *ad causam* (**capacidade judiciária**) para figurar como parte autora na presente ação judicial, cuja matéria envolve, em suma, a defesa de prerrogativas institucionais.

É o que se extrai do art. 4º, IX, da Lei Complementar Federal 80/94, alterada pela Lei Complementar Federal 132/09, *in verbis*:

“Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
(...)

IX – impetrar ‘habeas corpus’, mandado de injunção, ‘habeas data’, mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução;”

Trata-se do instituto da “personalidade judiciária”, assim explicitada pela autorizada doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

O problema, porém, ocorre quando o conflito se instala entre os órgãos basilares das pessoas públicas, como, por exemplo, um conflito entre uma Assembleia Legislativa e o Executivo do Estado. Ou entre a Câmara Municipal e a Prefeitura. Ou, ainda, entre um Tribunal Estadual e o Poder Executivo.

Tais conflitos têm como causa uma de duas ocorrências: 1ª) violação de direito subjetivo do órgão; 2ª) **invasão de sua competência por outro órgão. Todos os órgãos fundamentais das pessoas públicas possuem direitos subjetivos contemplados na Constituição.** O Chefe do Poder Executivo, por exemplo, tem o direito de deflagrar o processo legislativo em alguns casos (art. 61, §1º, da CF). O Legislativo e o Judiciário têm o direito de receber o duodécimo de seu crédito orçamentário até o dia 20 de cada mês (art. 168, CF). Na verdade, **as competências atribuídas a esses órgãos correspondem aos direitos que a ordem jurídica lhes outorga. Por isso é que, havendo ofensa a seu direito ou invasão de sua competência, há de se lhes assegurar a oportunidade de pleitear a tutela do direito ou de sua competência.**



Por tudo isso, seria de perguntar-se: qual a solução a ser adotada no caso desses conflitos?

(...)

Para não deixar os órgãos desprovidos de mecanismo de defesa contra ofensa de seus direitos ou invasão de sua competência, doutrina e jurisprudência têm assentado a solução de admitir que o órgão seja considerado como parte no processo, defendendo direito próprio contra o órgão que entende ser responsável pela ofensa. Em outras palavras: cada órgão, embora desprovido de personalidade jurídica própria, estaria dotado de personalidade judiciária, sendo, portanto, capaz de, por si mesmo, postular e defender-se em juízo. (g.n.) (CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Personalidade judiciária de órgãos públicos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 11. jul./ago./set. 2007, Salvador/BA. Disponível em www.direitodoestado.com)

Certo é que **o que se busca com a presente ação é a rescisão de acórdão que, ao violar literal disposição de lei, ofendeu, de forma direta, às prerrogativas constitucionais atinentes à autora (autonomia e independência funcional – art. 134 da CR/88)**, além de adentrar na seara de seu próprio funcionamento, isso porque, o seu acolhimento, ainda que em parte, importou em intervenção judicial na administração da Defensoria Pública de Minas Gerais, para alterar critérios de lotação de Defensor Público já definidos pela autoridade competente para tanto, designando compulsoriamente para a comarca de **Piranga**, mesmo a título de cooperação, Defensor Público lotado em comarca diversa.

Resta, pois, indubitável o reconhecimento da “personalidade judiciária” da autora no feito em comento, posição essa destacada por esse e. Sodalício em casos análogos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. DEFENSORIA PÚBLICA. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. RECONHECIMENTO. INTIMAÇÃO PESSOAL. AUSÊNCIA. NULIDADE. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. CARÁTER EXCEPCIONAL. RECURSO PROVIDO. (TJMG, Agravo Interno Cv Nº 1.0554.08.014643-0/003, 6ª CÂMARA CÍVEL, P. 05/08/14)

Ao proferir seu voto no julgamento do agravo interno em testilha, o e. Relator Antônio Sérvulo, discorreu que:

[...] A controvérsia em questão se consubstancia na averiguação da possibilidade da Defensoria Pública Estadual, na condição de órgão do Poder Executivo, atuar e postular em nome próprio no presente feito.

(...)

Conforme se verifica nos artigos 97-A e 100 da Lei Complementar nº 80/2004 e no artigo 9º da Lei Complementar Estadual nº 65/03 compete tão somente à Defensoria Pública a organização de sua estrutura funcional.

(...)

Impende a observação de que o Poder Judiciário não dispõe de competência constitucional para criar programas ou estabelecer a forma de execução dos atos legislativos e administrativos para a efetivação dos direitos fundamentais. O Princípio da Independência dos Poderes, as regras específicas de caráter orçamentário e financeiro para a atuação do ente público e a reserva constitucional impõem esta competência ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

(...)

Nesta feita, reapreciando com a devida acuidade todos os elementos e informações utilizados por mim e pelos meus pares no caso específico dos autos, modifico o entendimento anteriormente adotado, reconhecendo a capacidade judiciária da agravante para atuar no feito na qualidade de litisconsorte necessária e determino a anulação de todos os atos processuais realizados sem a intimação pessoal da Defensoria Pública.

Diante de todo o exposto, com respaldo no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (artigo 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), DOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, para reconhecer a capacidade judiciária da agravante para atuar no feito na qualidade de litisconsorte necessária e anular todos os atos processuais realizados após a sentença de fls. 180/188, assim como a devolução dos prazos de recurso da agravante.

Nesse sentido, os julgados a seguir transcritos, que reforçam a capacidade judiciária da agravante na hipótese dos autos:

RMS 21419 / BA; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0028132-0 Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 17/08/2006 Data da Publicação/ Fonte DJ 14/09/2006 p. 256 Ementa RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DO EXECUTIVO MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO. 1. Cuida-se de recurso em mandado de segurança interposto pela Câmara Municipal de Entre Rios contra acórdão proferido em sede de mandado de segurança assim sumulado (fl. 64): “Mandado de Segurança. Direito Constitucional. Processo Civil. Câmara Municipal. Capacidade Judiciária. Legitimidade para Propositura de Mandamus. Requisição de Contas do Executivo Municipal pelo Ministério Público. Legalidade. **1. A Câmara Municipal tem capacidade processual para impetrar writ com escopo de defender suas prerrogativas.** 2. O artigo 31, § 3º, da Constituição não pode ser interpretado de forma a vedar a fiscalização do Ministério Público. 3. O ordenamento constitucional assegura ao Parquet plenos poderes para investigar o respeito aos direitos insculpidos na Carta Política. 4. A Administração Pública é regida pelo Princípio da Publicidade, não podendo se furtar ao controle popular. 5. Ordem denegada.” A recorrente pugna pela reforma do julgado ao pálio de argumentação assim sintetizada: a) é ilegal, inconstitucional e abusiva a requisição, pelo Ministério Público, dos documentos relativos aos autos de prestação de contas do executivo municipal durante o prazo de acesso dos contribuintes nos termos do artigo 31, § 3º, da Constituição Federal; b) só detém legitimidade para ter acesso às contas o contribuinte do município, sujeito passivo tributário assim definido no artigo 156 da Constituição Federal; c) o mandamus não se voltou contra o acesso do MP às contas do chefe do Executivo Municipal mas, sim, a retirada do original da Sede Legislativa durante o prazo de sessenta dias, o que implica redução do direito subjetivo dos contribuintes. 2. O Ministério Público detém amplos poderes de investigação podendo, inclusive, requisitar informações de órgãos públicos na forma estabelecida pelos artigos 129, II e VI, da Constituição Federal e artigo 26, I, da Lei 8.625/98. In casu, inexistente direito líquido e certo do impetrante a ser amparado na via mandamental. 3. Recurso ordinário não-provido.

Verificando-se, portanto, que o que se almeja com a presente medida rescisória é desconstituição de julgado que atentou contra prerrogativas da autora, notadamente quanto sua autonomia e organização interna, deflui-se, como corolário lógico e incindível, sua legitimidade ativa no presente feito.

III – DA DISPENSABILIDADE DA CAUÇÃO:

Dispõe o art. 488, II, do CPC, que o autor deverá depositar 5% sobre o valor da causa, a título de multa, nas hipóteses ali versadas.

Já o art. 488, Parágrafo único, do CPC, dispensa o depósito de tal valor quando se tratar de ação proposta pela União, Estado, Município, ou Ministério Público, sendo óbvio que tal interpretação deve ser estendida às Defensorias Públicas, ante a *mens legis* aplicável ao caso em testilha. Nessa linha:



Há polêmica em doutrina e na jurisprudência acerca da extensão dessa imunidade a outras pessoas jurídicas de direito público. O entendimento correto é no sentido de que qualquer pessoa que tenha natureza de direito público (isto é, que seja regida por regras e princípios de direito público) seja dispensada do recolhimento da caução versada no dispositivo. É nesse sentido, por exemplo, a Súmula 175 do STJ, que dispensa o INSS, uma autarquia federal, deste recolhimento, *verbis*: 'Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS. (Código de Processo Civil Interpretado / Antonio Carlos Marcato, coordenador. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 1494)

Ao tratar de caso assemelhado, posicionou-se a 1ª Turma do e. STJ da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – FAZENDA PÚBLICA – DISPENSABILIDADE DO DEPOSITO DO VALOR DA CAUSA – MULTA – REVERSÃO DESCABIDA – ARTIGOS 488, II, E PARAGRAFO UNICO, E 494, CPC. 1. NA AÇÃO RESCISÓRIA MOVIDA PELA FAZENDA PÚBLICA O DEPOSITO PREVIO DEIXA DE SER CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE E FICA DESVESTIDO DA SUA FUNÇÃO INIBIDORA NA MULTIPLICIDADE DE ACIONAMENTO JUDICIAL. GOZA A ATIVIDADE FAZENDARIA DE INSITA PRESUNÇÃO DE QUE PROCEDE COM SERIEDADE E NECESSIDADE, CIRCUNSTANCIAS QUE ELIDEM AS CONSIDERAÇÕES PARA A EXIGENCIA DO DEPOSITO. 2. OUTROSSIM, A MULTA NÃO TEM CARATER INDENIZATORIO E NÃO VISA COMPENSAR A PARTE VENCEDORA DE POSSIVEIS PREJUIZOS, MAS REPRIMIR ABUSO NO EXERCICIO DO DIREITO DE AÇÃO. 3. RECURSO IMPROVIDO. (Processo REsp 4999 / SP, RECURSO ESPECIAL 1990/0008978-6, Relator(a) Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Órgão Julgador T1 – PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento: 01/06/1995)

Ademais, nos termos do art. 10, VII, da Lei Estadual nº 14.939/03, é isenta do pagamento de custas processuais a **Defensoria Pública, pelo que se reveste totalmente descabida a exigibilidade do depósito em estudo para o ingresso com ação rescisória.**

IV – DOS FATOS:

Dessume-se dos autos do processo nº 050806002470-2 (no qual foi proferido o acórdão rescindendo) que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs, no ano de 2006, Ação Civil Pública, pleiteando, em suma, que fosse instalada a Defensoria Pública na Comarca de Piranga/MG.

Após tramitação do processo, com sentença e acórdão favoráveis à designação de Defensor Público para atuar, em regime de cooperação, junto à Comarca de Piranga/MG, o MPE promoveu execução de sentença (apesar de denominada execução provisória, tal se tornou definitiva, ante o trânsito em julgado do decreto condenatório), para fins de cumprimento da obrigação de fazer.

A ação rescisória em testilha tem por objetivo desconstituir o acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Ap. Cív./Reex Necessário 1.0508.06.002470-2/001), ante sua clara infração a diversos preceitos de matiz constitucional e legal, o que será devidamente detalhado nos tópicos seguintes.

V – DOS FUNDAMENTOS:

V.1) Violação literal à disposição legal – art. 47 do CPC

Nos termos já abordados nessa peça (no tópico nº III, denominado: DA LEGITIMIDADE ATIVA DA DPMG), em que pese se tratar a autora de órgão autônomo, **sem portanto, personalidade jurídica**, cabe à Defensoria Pública de Minas Gerais, representada judicialmente pela Defensora Pública-Geral do Estado (art. 9º, II, da LC 65/03 e art. 100 da LC 80/94), participar como parte de demandas que versem sobre a defesa das prerrogativas da instituição e de seus membros, medida indispensável ao fiel desempenho de suas finalidades institucionais.

Certo, ainda, que a Defensoria Pública tem legitimidade ad causam para postular em juízo medidas necessárias à proteção de seus interesses institucionais, conforme se extrai do teor do artigo 4º, IX, da Lei Complementar 80/94, *verbis*:

Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução;

Nesse diapasão, resta clara e ululante a indispensabilidade da participação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais como ré nos autos do processo nº 0024702-94.2006.8.13.0508 (proveniente da Comarca de Piranga), no qual foi proferido o Acórdão rescindendo, uma vez que a ordem ali emanada, “... *designação de um ou mais defensores públicos para atendimento periódico na Comarca de Piranga, providenciando os meios necessários para tanto, até o provimento do cargo correspondente e instalação definitiva da unidade.*”, obviamente têm reflexos diretos nas prerrogativas da instituição, em seu funcionamento e finalidades institucionais.

Trata-se, pois, do instituto da “personalidade judiciária”, conforme exhaustivamente abordado no tópico III dessa peça.

Certo é que no processo em que foi proferida o acórdão que ora se busca desconstituir, não foi observada a regra contida no art. 47 do CPC, atinente ao litisconsórcio passivo necessário, já que, frise-se: pelo objeto da demanda – indispensável se fazia a participação da DPMG como ré em litisconsórcio com o Estado de Minas Gerais, **haja vista a natureza da relação jurídica deduzida no processo, bem como a nítida indivisibilidade da decisão de mérito ora impugnada.**

Resta, pois, indubitável o reconhecimento da “personalidade judiciária” da DPMG para o feito em comento, bem como da necessidade de ali se formar litisconsórcio passivo necessário, uma vez que, necessariamente, a ora demandante será atingida pelo cumprimento da decisão de designação de Defensor Público para a Comarca de Piranga, posto tal ato ter reflexos de ordem orçamentária (lembre-se que a DPMG possui orçamento próprio, destacado do Executivo), organizacional etc. Nessa linha:



EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. DEFENSORIA PÚBLICA. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. RECONHECIMENTO. INTIMAÇÃO PESSOAL. AUSÊNCIA. NULIDADE. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. CARÁTER EXCEPCIONAL. RECURSO PROVIDO. (TJMG, Agravo Interno Cv Nº 1.0554.08.014643-0/003, 6ª CÂMARA CÍVEL, P. 05/08/14)

Ao proferir seu voto no julgamento do agravo interno em testilha, o e. Relator Antônio Sérvulo, discorreu que:

[...] A controvérsia em questão se consubstancia na averiguação da possibilidade da Defensoria Pública Estadual, na condição de órgão do Poder Executivo, atuar e postular em nome próprio no presente feito.

(...)

Conforme se verifica nos artigos 97-A e 100 da Lei Complementar nº 80/2004 e no artigo 9º da Lei Complementar Estadual nº 65/03 compete tão somente à Defensoria Pública a organização de sua estrutura funcional.

(...)

Impende a observação de que o Poder Judiciário não dispõe de competência constitucional para criar programas ou estabelecer a forma de execução dos atos legislativos e administrativos para a efetivação dos direitos fundamentais. O Princípio da Independência dos Poderes, as regras específicas de caráter orçamentário e financeiro para a atuação do ente público e a reserva constitucional impõem esta competência ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

(...)

Nesta feita, reapreciando com a devida acuidade todos os elementos e informações utilizados por mim e pelos meus pares no caso específico dos autos, modifico o entendimento anteriormente adotado, reconhecendo a capacidade judiciária da agravante para atuar no **feito na qualidade de litisconsorte necessária** e determino a anulação de todos os atos processuais realizados sem a intimação pessoal da Defensoria Pública.

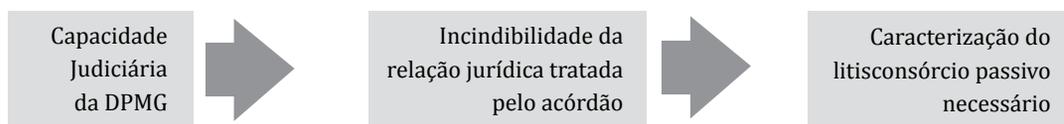
Diante de todo o exposto, com respaldo no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (artigo 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), DOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, para reconhecer a capacidade judiciária da agravante para atuar no feito na qualidade de litisconsorte necessária e anular todos os atos processuais realizados após a sentença de fls. 180/188, assim como a devolução dos prazos de recurso da agravante.

Nesse sentido, os julgados a seguir transcritos, que reforçam a capacidade judiciária da agravante na hipótese dos autos:

RMS 21419 / BA; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0028132-0 Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105) Órgão Julgador T1 – PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 17/08/2006 Data da Publicação/ Fonte DJ 14/09/2006 p. 256 Ementa RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DO EXECUTIVO MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO. 1. Cuida-se de recurso em mandado de segurança interposto pela Câmara Municipal de Entre Rios contra acórdão proferido em sede de mandado de segurança assim sumulado (fl. 64): “Mandado de Segurança. Direito Constitucional. Processo Civil. Câmara Municipal. Capacidade Judiciária. Legitimidade para Propositura de Mandamus. Requisição de Contas do Executivo Municipal pelo Ministério Público. Legalidade. 1. **A Câmara Municipal tem capacidade processual para impetrar writ com escopo de defender suas prerrogativas.** 2. O artigo 31, § 3º, da Constituição não pode ser interpretado de forma a vedar a fiscalização do Ministério Público. 3. O ordenamento constitucional assegura ao Parquet plenos poderes para investigar o respeito aos direitos insculpidos na Carta Política.

4. A Administração Pública é regida pelo Princípio da Publicidade, não podendo se furtrar ao controle popular. 5. Ordem denegada.” A recorrente pugna pela reforma do julgado ao pálio de argumentação assim sintetizada: a) é ilegal, inconstitucional e abusiva a requisição, pelo Ministério Público, dos documentos relativos aos autos de prestação de contas do executivo municipal durante o prazo de acesso dos contribuintes nos termos do artigo 31, § 3º, da Constituição Federal; b) só detém legitimidade para ter acesso às contas o contribuinte do município, sujeito passivo tributário assim definido no artigo 156 da Constituição Federal; c) o mandamus não se voltou contra o acesso do MP às contas do chefe do Executivo Municipal mas, sim, a retirada do original da Sede Legislativa durante o prazo de sessenta dias, o que implica redução do direito subjetivo dos contribuintes. 2. O Ministério Público detém amplos poderes de investigação podendo, inclusive, requisitar informações de órgãos públicos na forma estabelecida pelos artigos 129, II e VI, da Constituição Federal e artigo 26, I, da Lei 8.625/98. In casu, inexistente direito líquido e certo do impetrante a ser amparado na via mandamental. 3. Recurso ordinário não-provido.

Assim temos:



Verifica-se, portanto, a necessidade de acatamento da presente ação rescisória, com a desconstituição do acórdão em espeque, pela não observância, durante o tramitar daquele processo, da regra cogente contida no art. 47 do CPC, bem como, como corolário, da necessidade de participação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais como ré naquele feito, em litisconsórcio passivo com o Estado de Minas Gerais, **haja vista a natureza da relação jurídica ali deduzida, bem como a nítida indivisibilidade da decisão de mérito ora impugnada.**

V.2) Violação literal à disposição legal – arts. 128; 262; 460 e 461 do CPC

Pelo princípio da congruência (adstrição ou da demanda), deve haver inter-relação entre o pedido formulado pelo demandante é o *decisum*, sob pena de nulidade do julgado (*extra, infra, ultra ou citra petita*).

Na lição de Marcelo Abelha Rodrigues,

Queremos dizer que o limite da sentença é o pedido, porque, como ato de entrega da tutela jurisdicional, deve ficar adstrito aos limites estabelecidos pela demanda, ou seja, uma sentença não pode ficar aquém do que foi pedido, isto é, não pode o magistrado sentenciar sem ter apreciado todos os pedidos (infra ou citra petita), além do pedido (ultra petita) nem tampouco julgar coisa diversa do que foi pedido (extra petita). Mais uma vez percebe-se o silogismo entre sentença e o pedido. (Manual de direito processual civil, 4. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 451.)

Dos autos do processo em que foi proferido o acórdão que se busca desconstituir, depreende-se clara infração ao princípio da congruência e, como corolário, ao disposto nos artigos 128, 460 e 461 do CPC, uma vez que, na exordial, o MPE (então autor naquele processo) formulou o seguinte pedido de cunho satisfativo: “(f) seja julgado, ao final, procedente o pedido, condenando-se o Estado de Minas Gerais a implantar sua Defensoria Pública, no prazo de dez dias, em caráter definitivo, nesta Comarca, prestando seus serviços de forma contínua e ininterrupta”



Porém, ao sentenciar (decisão essa que foi corroborada pelo acórdão rescindendo), o d. Juízo a quo determinou: “... que no prazo de até 180 (cento e oitenta dias) promova a **designação** de um ou mais Defensores Públicos para atendimento periódico na Comarca de Piranga, providenciando os meios necessários para tanto, até o provimento do cargo correspondente e instalação definitiva da unidade...”

Reitere-se: em momento algum o autor naquele processo requereu fosse determinado regime de **cooperação** na Comarca de Piranga, em escala a ser estabelecida pela DPMG (conforme constou da sentença), mas sim a **implantação** definitiva da Defensoria Pública Estadual naquela localidade.

Há que se vincar, por oportuno, **que não se desconhece aqui** a regra constante do **art. 461 do CPC**, a qual confere ao julgador a possibilidade de determinar providências que assegurem o **resultado prático equivalente** ao do adimplemento, nos casos de impossibilidade ou descumprimento da medida.

Porém, tal fungibilidade se restringe aos meios executivos e não à pretensão exordial em si, ou seja, pela observância do princípio da demanda, até nas hipóteses de obrigação de fazer ou não fazer, deve o Juiz observar o que foi pedido pelo demandante, somente determinando a adoção de medida diversa da pretendida, na hipótese de inexecução daquela. Nessa linha,

Pelo texto do dispositivo, é mais acertado o entendimento de que objeto da proteção legal é o resultado da obrigação, entendendo-se que o ‘resultado prático equivalente’ repousa muito mais na variação da forma de obtenção do que deveria decorrer do adimplemento da obrigação por ato do próprio réu. Até porque, ficasse o magistrado **livre para buscar qualquer resultado que lhe parecesse adequado, restaria violado o princípio da “inércia da jurisdição” e da “adstrição do juiz ao pedido...** [original sem destaque] (**Código de Processo Civil Interpretado**. Antonio Carlos Marcato, coordenador. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1404).

Logo, não se demonstrará sustentável eventual tese no sentido de que a decisão combatida simplesmente se ateve a apresentar variante à forma de obtenção da medida pretendida, posto que, de fato, inovou, concedendo algo que sequer fora pedido pelo demandante (o demandante requerer a instalação da DP em Piranga; o Juízo da causa determinou a designação de cooperador para ali atuar). Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

*No entanto, tal incremento de poder não é capaz de violar o direito a um juiz imparcial. Note-se que, através do art. 461, não se concede ao juiz poder de conferir tutela jurisdicional do direito **diferente da solicitada, mas simplesmente poder de determinar meio de execução distinto do requerido** para a tutela jurisdicional do direito pedida pelo autor, assim como o resultado equivalente à concessão desta tutela do direito... [original sem destaque] (**Curso de Processo Civil**, v. 3, execução. São Paulo: RT, 2007, p. 174).*

É de bom alvitre destacar, outrossim, que, entendendo (como assim entendeu) o d. Julgador que o pedido formulado pelo MPE, de instalação da DPMG na Comarca de Piranga, apresentava-se **não** passível de acatamento, seja por questões orçamentárias, seja em razão da razão da inexistência de cargos providos naquela unidade (vide sentença, fl. 246, último parágrafo), tal não poderia, em absoluto, levar à concessão de medida diversa da pretendida pelo autor, e sim à singela improcedência do pedido, sob pena de ofensa aos preceitos em testilha.

V.3) Violação literal à disposição Constitucional/legal – art. 134 da CR/88; art. 97 A, da Lei Complementar 80/1994; art. 129, § 1º, da Constituição do Estado de MG

A Defensoria Pública, nos termos **do artigo 134** da Constituição Federal, é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Com a Reforma do Judiciário, instaurada a partir da Emenda Constituição nº 45/04, o Poder Constituinte Derivado acrescentou os §§1º e 2º ao artigo 134 e conferiu às Defensorias Públicas dos **Estados a autonomia necessária ao fiel desempenho de suas funções institucionais**, consagrando, na Lei Maior, a relevância da instituição para a efetivação dos direitos e garantias inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Tal autonomia foi reafirmada e fortalecida com o advento da Emenda Constitucional nº 80/2014, a qual erigiu as Defensorias Públicas, no aspecto constitucional, à condição de **instituição permanente e de instrumento do regime democrático**.

A propósito da autonomia da Defensoria Pública, comentando o aludido art. 134 da Constituição da República, José Afonso da Silva leciona, *verbis*:

Autonomia funcional e administrativa. A Emenda 45/2004 não foi tão explícita ao conceder essa autonomia às Defensorias Públicas Estaduais, como o fora o art. 127 em relação ao Ministério Público, porque ali se indicou seu conteúdo básico. A identidade de situações nos permite dizer que os conceitos expendidos em relação ao Ministério Público valem também aqui. Assim é que, por autonomia funcional se entende o exercício de suas funções livre de ingerência de qualquer outro órgão do Estado. É predicativo institucional, tanto que se poderia falar – e às vezes se fala – em autonomia institucional, mas ela se comunica aos membros da Instituição, porque suas atividades-fim se realizam por meio deles. Assim, eles compartilham dessa autonomia institucional, porque não têm que aceitar interferência de autoridades ou órgãos de outro Poder no exercício de suas funções institucionais. A autonomia administrativa significa que cabe à Instituição organizar sua administração, suas unidades administrativas, praticar atos de gestão, decidir sobre situação funcional de seu pessoal, propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus serviços auxiliares, prover cargos nos termos da lei, estabelecer a política remuneratória, observado o art. 169, e os planos de carreira de seu pessoal, tal como está previsto para o Ministério Público. Já que o conceito é idêntico, seu conteúdo também há de sê-lo. **(Comentário contextual à Constituição. 2.ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 615.)**

A autonomia da Defensoria Pública de Minas Gerais também se encontra prevista na **Constituição Mineira**, que em seu artigo **129, §§1º e 2º** reconhece, expressamente, tal princípio institucional.

A mencionada autonomia foi reproduzida no artigo **97-A da Lei Complementar Federal nº 80/94**, conforme redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, que a atualizou em relação a esse instituto, *verbis*:

Art. 97-A – À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (...)



Registra-se, ainda, conforme preconiza o artigo 97-B, §5º, da Lei Complementar 80/94, acrescentado pela Lei Complementar 132/09, que as decisões da Defensoria Pública, fundadas em sua autonomia, têm eficácia plena e executoriedade imediata.

Coerente com essa evolução legislativa, as recentes **Leis Delegadas nº 179/2011 e nº 180/2011**, editadas pelo Governador do Estado, e que tratam da estrutura e da organização do Poder Executivo, não relacionam a Defensoria Pública como órgão integrante da administração pública direta, autárquica e fundacional de Minas Gerais.

Com essa adequação, a Defensoria Pública foi excluída da estrutura do Poder Executivo, deixou de ser formalmente subordinada ao Governador do Estado e não mais está vinculada à Secretaria de Defesa Social, corrigindo inconstitucionalidades formais e materiais das leis delegadas baixadas em 2007 e consagrando, efetivamente, a autonomia da instituição.

Certo, portanto, que a autonomia consiste em verdadeiro princípio institucional da Defensoria Pública, tendo em vista o regime jurídico que lhe é próprio, o qual deve ser observado na interpretação e na aplicação de qualquer ato que possa vir a alcançar a instituição.

O princípio da autonomia compreende a autonomia funcional, a autonomia administrativa e a autonomia orçamentária e financeira da Defensoria Pública.

A autonomia funcional, inerente ao status constitucional da Defensoria Pública, de suas finalidades e das atribuições de seus membros, permite que a instituição e os seus órgãos de execução exerçam suas funções com liberdade e independência, resguardando-os das eventuais pressões e interferências externas que venham a sofrer.

A autonomia administrativa, por sua vez, consiste na capacidade própria de gestão e decisão da Defensoria Pública, em observância ao seu sistema jurídico administrativo, mostrando-se indevida a sua subordinação a atos emanados de autoridade não pertencente aos seus quadros, como avisos, instruções, recomendações, ordens, entre outros.

A autonomia financeira da Defensoria Pública pressupõe a capacidade de dispor sobre os próprios recursos, sendo que a autonomia orçamentária pressupõe a capacidade de estabelecer a sua proposta orçamentária.

A abordagem que ora se faz sobre a autonomia da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais é pertinente para demonstrar a ofensa direta e inequívoca da decisão rescindenda à preceitos de matiz constitucional e legal, na medida em que nega seu direito ao exercício de suas funções livre de ingerência de qualquer outro órgão do Estado, bem como em sua capacidade de gestão.

Nesse contexto, a Administração Superior da Defensoria Pública, representada pela Defensora Pública Geral, tem total autonomia funcional e administrativa para deliberar acerca da designação de Defensores Públicos que atuarão em cada comarca, pautando-se, nessa decisão, por critérios discutidos internamente, de forma a atender aos interesses dos hipossuficientes quanto à prestação do serviço de assistência jurídica.

Efetivamente, o órgão mais adequado para proceder a essas deliberações é a Defensoria Pública Geral, na medida em que possui capacidade técnico-funcional especializada, suficiente para ponderar, com base nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, quais comarcas necessitam, prioritariamente, de órgão da Defensoria Pública.

Vislumbra-se, dessarte, que a r. Decisão rescindenda resulta violação a diversos preceitos legais, todos concernentes à autonomia da autora.

De forma sistemática, verifica-se ofensa direta aos seguintes preceitos:

Art. 134, §2º, da CR/88	§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º .
Art. 134, § 4º, da CR/88	§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.
Art. 97-A da LC 80/94	Art. 97-A. À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo-lhe, especialmente:
Art. 129, § 1º, da CEMG	§ 1º - À Defensoria Pública é assegurada autonomia funcional e administrativa.

Portanto, não cabe ao Poder Judiciário, provocado pelo Ministério Público, interferir na autonomia administrativa e funcional da Defensoria Pública. De igual modo, não poderia a Defensoria Pública de Minas Gerais propor ação civil pública para exigir em juízo o provimento de determinada comarca com membro do Ministério Público ou do Poder Judiciário, por não contar com órgão de execução das aludidas carreiras (**note-se que, no caso em tela, a própria Comarca de Piranga não se encontra provida por Magistrado**).

Nesse contexto, verifica-se que a Defensoria Pública não está eximindo de sua responsabilidade atribuída constitucionalmente, mas pretende seja garantida **a sua autonomia de decidir**, com base na conveniência e oportunidade do serviço público, a forma de distribuição dos órgãos de execução da Defensoria Pública, sobretudo quando notória a carência de membros na carreira.

A autonomia da Defensoria Pública foi devidamente reconhecida pelo e. Supremo Tribunal Federal, nos termos dos julgamentos proferidos na ADI nº 3569-0/PE, ADI nº 3965-MG e ADI nº 4056-MA, valendo aqui citar, especificamente, o voto relator da Exma. Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADI nº 3965–MG. Veja-se:

Considerada a Defensoria Pública da União e, também, as Defensorias Públicas do Estado, competentes pela defesa dos economicamente desprovidos, na justa garantia da jurisdição, a Emenda Constitucional n. 45/2004 garantiu autonomia funcional e administrativa das defensorias estaduais, porque consideradas um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, não podendo, por isso, subordinar-se a órgão específico do Poder Executivo.

(...)

Ao enfatizar a autonomia e independência da Defensoria Pública, Paulo Galliez conclui que ‘suas características atuais são exatamente aquelas que identificam o Ministério Público e o Tribunal de contas, órgãos igualmente independentes e autônomos (**A Defensoria Pública. O Estado e a Cidadania**. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2006, p. 126).



Em memorável artigo publicado por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, ao tratarem da coisa julgada inconstitucional e dos instrumentos processuais para seu controle, consignou-se que:

Todavia, a idéia da imutabilidade inerente à coisa julgada deve ser compreendida em seus reais contornos. É que a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias (...). A idéia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo Direito uma decisão que contém séria injustiça (...). Mas qual o mecanismo processual cabível no direito brasileiro para se ver reconhecida a inconstitucionalidade da coisa julgada? (...) A admissibilidade da ação rescisória para a impugnação da coisa julgada inconstitucional expressada nos julgados supra, porém, não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo que, ultrapassado o prazo de dois anos para o manejo daquela ação, impossível o seu desfazimento (...). A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, impõe-lhe nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita aos prazos prescricionais ou decadenciais. (RT – 795 – Jan. de 2002 – 91º ano).

Assim, claro está que o acórdão impugnado é contrário ao texto constitucional e legal, pois ignora a autonomia da autora, devendo, pois, ser desconstituído, de modo a afastar a ingerência indevida de outras instituições ou poderes na gestão administrativa, orçamentária e financeira da demandante.

V.4) Violação literal à disposição legal: arts 118; 127, I, da Lei Complementar 80/1994 e art. 68 da LCE 65/03

Nesse aspecto, o comando decisório que se combate, ao determinar a **designação** de Defensor Público para a Comarca de Piranga/MG ofendeu, **também de forma direta**, à regra da inamovibilidade do Defensor Público, contida nos dispositivos em referência:

De forma sistemática, verifica-se ofensa direta aos seguintes preceitos:

Art. 118 da LC 80/94	Art. 118. Os membros da Defensoria Pública do Estado são inamovíveis, salvo se apenados com remoção compulsória, na forma da lei estadual.
Art. 127, I, da LC 80/94	Art. 127. São garantias dos membros da Defensoria Pública do Estado, sem prejuízo de outras que a lei estadual estabelecer: I – a independência funcional no desempenho de suas atribuições;
Art. 68 da LCE 65/03	Art. 68. Os membros da Defensoria Pública são inamovíveis, salvo se apenados com remoção compulsória, na forma desta lei complementar.

Na lição de Diego Esteves e Franklyn Roger Alves Silva:

A garantia da inamovibilidade deve ser compreendida em sentido amplo, restando vedada não só a remoção de uma comarca para outra, mas também de um órgão para outro, ainda que situado na mesma comarca ou nas dependências do mesmo fórum. (...) Como o constituinte originário não estabeleceu qualquer espécie de ressalva à inamovibilidade dos Defensores Públicos, **a garantia teria natureza absoluta, não podendo ser afastada ou excepcionada em nenhuma hipótese e sob nenhuma circunstância.** [original sem destaque] (Princípios institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 527-528.)

Desta feita, a decisão impugnada atenta aos dispositivos legais em espeque, já que para se concretizar a ordem ali contida de designação de Defensor Público para atuar em regime de cooperação na Comarca de Piranga, necessariamente haverá infração à inamovibilidade do Defensor Público, ate o caráter compulsório que tal designação carregará. Nesse sentido:

RMS – ADMINISTRATIVO – INAMOVIBILIDADE – INAMOVIBILIDADE E GARANTIA ASSEGURADA AO FUNCIONARIO PUBLICO DE NÃO SER DESLOCADO DE UM CARGO PARA OUTRO. E DIREITO AO EXERCICIO DO CARGO PARA O QUAL FOI NOMEADO E TOMOU POSSE. A NOMEAÇÃO ESPECIFICA, PORTANTO, E ANTECEDENTE NECESSARIO. EM CASO DE NOMEAÇÃO SEM INDICAÇÃO PRECISA E EXCLUSIVA DA LOTAÇÃO, PODERA SER DESIGNADO PARA EXERCER A ATIVIDADE COMPREENDIDA NA EXTENSÃO DA NOMEAÇÃO. NÃO EVIDENCIADO QUE O DEFENSOR PUBLICO, NO ESTADO DO AMAZONAS, E NOMEADO PARA ATUAR JUNTO A DETERMINADA VARA, LEGAL A DESIGNAÇÃO FEITA PELO DEFENSOR PUBLICO-GERAL DO ESTADO, DESLOCANDO A IMPETRANTE, SEM AFETAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS DA DEFENSORIA PUBLICA. (Processo RMS 7077 / AM RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1996/0026478-3 Relator(a): Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084), Órgão Julgador: T6 – SEXTA TURMA, Data do Julgamento: 13/08/1996)

EMENTA: ADMINISTRATIVO/CONSTITUCIONAL – DEFENSOR PÚBLICO – INAMOVIBILIDADE – PROVIMENTO EFETIVO GENÉRICO, SEM INDICAÇÃO ESPECÍFICA DO ÓRGÃO DE ATUAÇÃO – POSSIBILIDADE DE DESIGNAÇÕES, DE ACORDO COM A OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO, NOS LIMITES DAS ATRIBUIÇÕES LEGAIS DO CARGO – ATOS PRECÁRIOS E DISCRICIONÁRIOS QUE NÃO GERAM TITULARIDADE NO ÓRGÃO DA DESIGNAÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA DA GARANTIA DE INAMOVIBILIDADE QUE DIZ RESPEITO À TITULARIDADE DO ÓRGÃO, DECORRENTE DE PROVIMENTO EFETIVO ESPECÍFICO – SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME, DENEGANDO-SE O MANDADO DE SEGURANÇA – PREJUDICADO O RECURSO. (Processo: Apelação Cível 1.0000.00.224658-5/000 2246585-61.2000.8.13.0000 (1), Relator(a): Des.(a) Aloysio Nogueira, Órgão Julgador / Câmaras Cíveis Isoladas / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 22/11/2001)

Do exposto, resta claro que o acórdão combatido, ao confirmar a sentença de fls., manteve vício de ilegalidade ali consistente, decorrente da falta de especificação de que eventual medida de designação recaísse somente na pessoa dos Defensores Públicos substitutos (note-se que sentença não faz qualquer delimitação nesse sentido), havendo, pois, clara afronta ao disposto nos arts. 118 e 127, I, da LC 80/94 e art. 68 da LCE 65/03.

V.5) Violação literal à disposição legal: Leis Delegadas nºs 179 e 180/2011

Quando da prolação da sentença, confirmada pelo acórdão rescindendo, a questão atinente à necessidade de participação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais como ré no processo foi afastada pelo entendimento de que, como órgão componente do Poder Executivo, a medida poderia ser cumprida por determinação do Governador do Estado.

Nesse sentido constou da sentença que:

“Ressalto, inicialmente, que a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, apesar de possuir autonomia funcional, administrativo e financeiro-orçamentário, não detém personalidade jurídica para figurar no polo passivo da presente ação, pois não é pessoa jurídica de direito público interno, nos moldes do art. 41 do Código Civil, não havendo ainda previsão legal de sua atuação direta sem a intervenção do Estado de Minas Gerais na hipótese ora versada (...) Nesse sentido, apesar de a Defensoria Pública afigurar-se constitucionalmente como uma instituição, administrativamente constitui ‘órgão autônomo integrante da Administração Direta do Poder Executivo e vinculado à Secretaria de Estado da Justiça e de Direitos Humanos’, nos termos do art. 2º de sua lei de regência neste Estado (Lei Complementar n. 65/2003).



Não obstante os bens lançados argumentos do e. Juízo *a quo*, tal decisão (corroborada pelo e. TJMG em grau recursal) não se coaduna com julgamento da ADIN 3965, pelo e. STF, que julgou inconstitucional a expressão “e a Defensoria Pública” contida no art. 10 da Lei Delegada 117/2007, bem como pelo contido nas Leis Delegadas nºs 179 e 180/2011, que retiraram a Defensoria Pública da Estrutura organizacional do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais.

Logo, além da decisão combatida ofender ao disposto nas Leis Delegadas 179 e 180/2011, traz inconveniente de viés prático, concernente na inexecuibilidade da medida que ordenou a designação de Defensor Público na Comarca de Piranga, conforme indagações apresentadas à AGE, quando da resposta ao ofício para cumprimento da ordem judicial, nos termos abaixo:

1. Quem será o ordenador da despesa para a designação de Defensor Público para atuar, em regime de cooperação, junto à Comarca de Piranga/MG (se o Exmo. Sr. Governador (já que o Estado de Minas foi o condenado) ou a Exma. Sra. Defensora Pública-Geral (que sequer foi parte na demanda, mas executa o orçamento com autonomia)?

2. Sendo o Exmo. Sr. Governador do Estado o ordenador das despesas, como ficaria o ato de designação do Defensor Público e os demais atos de ordenação, que somente podem ser realizados pelo Defensor Público-Geral?

3. Sendo a Exma. Sra. Defensora Pública-Geral a ordenadora das despesas, haveria a ressalva, também por ordem judicial, de autorização para descumprimento da Lei Orçamentária Anual, do PGA e do próprio Texto Constitucional, especialmente a EC80/2014?

4. Haverá em qualquer caso suplementação orçamentária para custeio das despesas extraordinárias decorrentes do cumprimento de ordem judicial, notadamente no que se refere à disponibilização de valor mensal para manutenção da estrutura que receberá o Defensor Público designado para a Comarca?

5. Como seria superada a designação de Defensor Público que goza de inamovibilidade?

6. A despeito de outras carreiras, não existe previsão orçamentária para pagamento de qualquer indenização por substituição e/ou cooperação ao Defensor Público, salvo diárias. Assim, seria estabelecido, no caso de cooperação em regime gracioso, sem a devida contraprestação (já que não há respaldo legal para tal pagamento)? (Of. nº 588/2014 – DPMG/DPG – anexo).

VI – DA CONCESSÃO DE MEDIDA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA OU DE NATUREZA CAUTELAR/PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE:

Conforme já narrado exhaustivamente nesta peça, o acórdão rescindendo ofendeu a diversos preceitos de índole constitucional e legal, merecendo, pois, ser desconstituído com o acatamento da presente ação rescisória.

Não obstante, e em decorrência da demora natural do processo, reveste-se como imperiosa a concessão de medida liminar, obstativa da produção de efeitos pelo *decisum* acatado, tudo isso com a finalidade de cessar o ilícito que se apresenta, haja vista que, nos termos das cópias anexas, a obrigação de fazer contida na decisão em combate já se encontra em fase de execução, com a citação do Estado de Minas Gerais para “...*sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais (sic), no prazo de 30 (trinta) dias, contados da citação,*

proceder a designação de um ou mais defensores públicos para atendimento periódico na Comarca de Piranga, providenciando os meios necessários para tanto, até o provimento do cargo correspondente e instalação definitiva da unidade.”

Portanto, presentes os requisitos a autorizar a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda, quais sejam: i) **relevância dos fundamentos da demanda** (amparada na afronta direta à preceitos constitucionais e legais); ii) **justificado receio de ineficácia do provimento final** (a urgência do caso dispensa maiores tergiversações a esse mister, notadamente porque o cumprimento da medida irá gerar considerável despesa para a viabilização e consolidação da designação de Defensor Público para a Comarca de Piranga (instalação de centro de apoio da Defensora em dita comarca, com a locação de imóvel, contratação de pessoal, pagamento de diárias para o deslocamento do Defensor), sem a devida previsão orçamentária para tanto, além de causar enormes prejuízos à continuidade dos serviços em Comarca que deverá ser descontinuada, para permitir o deslocamento de Defensor Público para atuar em regime de cooperação em Piranga.

Há que se vincar que até mesmo os requisitos previstos para a concessão da antecipação de tutela, com base no art. 273 do CPC, ou de medida suspensiva de natureza cautelar estariam preenchidos, já que presente a prova inequívoca hábil a conferir verossimilhança às alegações do demandante, bem como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pelo quem se requer, com **base no princípio da fungibilidade das medidas de urgência**, que seja determinada a suspensão da produção dos efeitos da decisão rescindenda, seja em caráter de antecipação dos efeitos da tutela, seja em caráter cautelar.

Ademais, pelo princípio do sincretismo processual das medidas de urgência, passível a concessão de medida cautelar no corpo dessa demanda, já que:

A coroação do princípio do sincretismo processual decorre do advento do § 7º do art. 273 do CPC (acrescentado pela Lei 10.444/02), o qual atribuiu às medidas de cognição sumária (de urgência) o caráter da fungibilidade, ao dispor que: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.” Com efeito, a partir da vigência do preceito em tela, passou o julgador a poder apreciar pleitos de cunho cautelar (instrumentais) formulados no corpo do processo de conhecimento (ou de execução), quase que com a decretação do fim do processo cautelar autônomo: Neste sentido, a lição de Freitas Câmara: “Não se pode deixar de dizer, em um capítulo dedicado a tecer considerações gerais sobre o processo cautelar, que este é um tipo de processo cuja existência autônoma já não mais se justifica (...) Há, aliás, no moderno direito processual brasileiro uma tendência à unificação do processo, passando-se a um sistema em que as atividades processuais de conhecimento e de execução se desenvolvam no mesmo processo (...) Por coerência lógica, parece-nos necessário, pois, que defendamos aqui também a abolição do processo cautelar autônomo. Merece registro, ainda, o fato de que o § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, inserido no texto do CPC pela Lei nº 10.444/2002, passou a permitir, em nome da assim chamada ‘fungibilidade entre as tutelas de urgência’ que se conceda medida cautelar incidentalmente ao processo de conhecimento. A nosso juízo, esse dispositivo pode ser interpretado de forma bastante ampla, dele se extraindo a regra geral da dispensabilidade da instauração do processo cautelar para obtenção da tutela jurisdicional dessa natureza...” (PAGANO, Cláudio Miranda. **O sincretismo processual e as medidas de urgência**. Teresina: Jus Navigandi, ano 12, n. 1359, 22 mar. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9638>).



VII – DOS PEDIDOS:

Ante todo o exposto, a Defensoria Pública Estadual requer:

- 1) seja reconhecida a dispensabilidade do depósito previsto no art. 488, II, do CPC, conforme disposto no tópico III dessa peça;
- 2) em sede de cognição sumária, a concessão de medida de cunho antecipatório (ou, pelo princípio da fungibilidade) de caráter cautelar, com a imediata determinação de suspensão provisória da produção de efeitos da decisão rescindenda e a consequente determinação de suspensão do processo de execução de sentença nº 0002405-15.2014.8.13.0500 (cópia anexa);
- 2) a citação dos réus para apresentarem resposta no prazo legal;
- 3) que seja julgado procedente o pedido exordial, com a consequente desconstituição/rescisão da decisão atacada, ante afronta a diversos preceitos constitucionais e legais (devidamente indicados nessa peça);
- 3.1) cumulativamente, em sede de *judicium rescissorium*, que seja proferido nova decisão em substituição à decisão rescindenda, julgando-se improcedente o pedido exordial contido nos autos do processo nº 0024702-94.2006.8.13.0508, de instalação da Defensoria Pública Estadual na Comarca de Piranga/MG (letra “f” dos pedidos iniciais), bem como o “resultado prático equivalente” determinado pelo Julgador, de designação de Defensor Público para, a título de cooperação, atuar na Comarca de Piranga, com a condenação dos réus nos ônus da sucumbência;
- 4) provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, especialmente através de testemunhas, documentos e prova pericial;

Dá-se à causa do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2014.

Christiane Neves Procópio Malard
Defensora Pública-Geral

Cláudio Miranda Pagano
Defensor Público – Madep: 501
Assessor Jurídico da Defensoria Pública-Geral

Parte SEGUNDA

**Dos Roteiros Práticos de
Atuação**



Parte Segunda: LIVRO I – DA ATUAÇÃO NA TUTELA COLETIVA

3.1

TÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

CAPÍTULO I DA INTRODUÇÃO À TUTELA COLETIVA

Art. 1º O estudo da tutela coletiva afeiçoa-se a uma enorme complexidade de valores²¹⁴, regras, instrumentos extrajudiciais²¹⁵ e judiciais, além de princípios distintos das disciplinas tradicionais²¹⁶.

Art. 2º Exige-se, portanto, conhecimento técnico interdisciplinar²¹⁷, jurisprudencial²¹⁸, criatividade, além de parcerias e envolvimento da sociedade civil (representatividade popular²¹⁹).

Art. 3º Imperioso ser destacado na atuação coletiva que, diferentemente de outras Instituições, assim como da advocacia pública e privada²²⁰, a Defensoria Pública constitui um instrumento vital de concretização dos direitos humanos²²¹, objetivando o acesso à justiça social sem dispor da defesa da cidadania, assim como a Magistratura não pode dispor da jurisdição e o Ministério Público da ação penal.

²¹⁴ [http://www.anadep.org.br/wtksite/Preview_Livro_Defensoria_II_Relat_rio\(1\).pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/Preview_Livro_Defensoria_II_Relat_rio(1).pdf)

²¹⁵ Art. 4º, II, da LC 80/94;

²¹⁶ “A desconstrução do direito é relevante na medida em que abre espaço para a prática da justiça, não a justiça ideológica do aparelho estatal, mas justiça social que venha a atender aos interesses dos excluídos” in. GALLIEZ, Paulo. Princípios Institucionais da Defensoria Pública, 2.ed., p. 61, Editora Lumen Juris;

²¹⁷ STJ, Resp nº 510.150/MA;

²¹⁸ http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%2022.pdf

²¹⁹ “Ouvidoria-Geral, órgão auxiliar das Defensorias Públicas inserido na LC 80/94 pela LC 132/2009, que deve servir como a ponte entre a instituição e a sociedade, a fim de que sejam captadas e discutidas informações relativas às políticas de atendimento, avaliação do serviço oferecido mediante pesquisas de satisfação dos usuários, monitoração do cumprimento das funções primordiais da Defensoria Pública (<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/tribuna-defensoria-defensoria-publica-assumir-quatro-responsabilidades>);

²²⁰ “[...] A Advocacia não se confunde com a DEFENSORIA PÚBLICA. Esta é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXXIV (Const. Art. 134). O Defensor Público, ao contrário do advogado exerce função pública. O advogado, designado para exercer defesa de alguém, exerce *múnus publicum* [...]” (STJ). RHC nº 3.900/SP – RO em HC – 6ª T – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJ 3/4/1.995, P. 8.148);

²²¹ STF – ADI 3819/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 02.04.2007, DJ 11.05.2007.

Art. 4º Sugere-se destacar nos trabalhos o atendimento dos grupos necessitados enquanto desprovidos sob o aspecto organizacional^{222 223}, ou seja, a vulnerabilidade social^{224 225}.

Art. 5º Importante salientar que o trabalho subjacente vai além da abordagem da ação civil pública^{226 227}, por sê-la um mero instrumento dentro do exemplificativo rol de atribuições com efeito coletivo^{228 229} colocados à disposição do defensor público.

Art. 6º O contato direto com o assistido evidencia o perfil indutivo, típico da atuação coletiva da Defensoria Pública, em contraposição do perfil dedutivo, mediante o qual o próprio órgão de execução atua coletivamente a partir de teses jurídicas por ele criadas.

Art. 7º Ambas situações se apresentam concorrentes e disjuntivas, sendo a primeira de maior ocorrência e que, por sinal, exorta, diferencia e legítima nossa atuação enquanto agentes de transformação social²³⁰.

CAPÍTULO II DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA

Art. 8º Nas demandas coletivas, sugere-se ao defensor público observar a incidência, independentemente da natureza do direito material tutelado, do chamado microsistema processual coletivo²³¹.

²²² STJ – Resp. nº 555.111-RJ;

²²³ Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e do que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à idéia generosa do amplo acesso à justiça de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias, ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Ada Pelegrini Grinover – Parecer lançado na Adin nº 3.943);

²²⁴ O critério típico ou atípico afeiçoa-se equivocado, porquanto o exercício da função é uno. O que pode alterar é a estratégia e instrumento pré e processual a ser eleito para solucionar a questão, que necessariamente não precisa se dar pela via judicial;

²²⁵ Art. 554, §1º e Art. 565, §2º, ambos do NCPC; Ex: art. 1.228, §§4º e 5º, do CC;

²²⁶ Cujas constitucionalidade restou afirmada pelo STF na Adin nº 3943;

²²⁷ www.defensoria.al.gov.br/defensoria/defensoria/jurisprudencia/Jurisprudencia%20sobre%20Defensoria%20Publica.pdf

²²⁸ Art. 4º, VII, da LC 80/94 – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

²²⁹ Defesas coletivas em prol de manifestações momentâneas e movimentos sociais;

²³⁰ “O critério orientador da estratégia científica é o fazer social, e não simplesmente o fazer técnico”, in: GALLIEZ, Paulo. Princípios Institucionais da Defensoria Pública, 2.ed., p. 51;

²³¹ Princípio da integração/integratividade.

Adoção dos critérios da teoria do diálogo das fontes (Erik Jayme/Cláudia Lima Marques) (art. 7º, CDC), em substituição aos tradicionais cronológico, especialidade e hierarquia (art. 2º, §§ 1º e 2º, LICCB), na solução de conflitos aparentes de normas, incidindo a disposição mais benéfica à tutela coletiva (por todos, DONIZETTI, Elpidio. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 28. Vide STJ, AgRg no REsp 1.357.759/GO, DJe 04.08.2014 e TJMG: AI 0595638-49.2012.8.13.0000(1), DJe 07.12.2012). Vide normas de reenvio dos art. 21, LACP, 90, CDC, 7º, Lei 7.853/1989, 3º, Lei 7.913/1989, 224, ECA, 93, Lei 10.417/2003, 40, Lei 10.671/2003, 53, Lei 12.288/2010 e 21, Lei 12.846/2013.



§ 1º Sugere-se ao defensor público atentar-se que o microsistema processual coletivo, além de seu “núcleo essencial” integrado pelas Leis 7.347/1985²³² e 8.078/1990²³³, é composto, exemplificadamente, pelo Decreto-Lei 3.689/1941²³⁴, Leis 4.717/1965²³⁵, 6.938/1981²³⁶, 7.210/1984²³⁷, 7.853/1989²³⁸, 7.913/1989²³⁹, 8.069/1990²⁴⁰, Lei 8.159/1991²⁴¹, 8.429/1992²⁴², Lei Complementar 80/1994²⁴³, Decreto 1.306/1994²⁴⁴, Leis 9.008/1995²⁴⁵ e 9.051/1995²⁴⁶, Decreto 2.181/1997²⁴⁷, Leis 9.507/1997²⁴⁸, 9.870/1999²⁴⁹, 9.966/2000²⁵⁰, 10.257/2001²⁵¹, Medida Provisória 2.220/2001²⁵², Leis 10.406/2003²⁵³, 10.471/2003²⁵⁴, 10.671/2003²⁵⁵, 11.977/2009²⁵⁶,

²³² Ação Civil Pública.

²³³ Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Título III.

²³⁴ Código de Processo Penal, art. 574, I, 581, X, 612 e Título II, Capítulo X. Apesar de não previsto expressamente em Lei, o manejo de habeas corpus coletivo em matéria cível (diferentemente da criminal) tem sido admitido por boa doutrina e jurisprudência, à luz do princípio da máxima amplitude/não taxatividade (STJ, AgRg no HC 279813/RN, DJe 22.11.2013).

²³⁵ Ação Popular.

²³⁶ Política Nacional do Meio Ambiente, art. 14, § 1º.

²³⁷ Lei de Execução Penal, art. 16, 61, VIII, 80 a 81-B e 83, § 5º.

²³⁸ Pessoas Portadoras de Deficiência, art. 3º a 7º.

²³⁹ Danos Causados aos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários.

²⁴⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 148, IV, 208 a 224.

²⁴¹ Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, art. 4º e 5º.

²⁴² Improbidade Administrativa.

²⁴³ Organiza a DPU e DPDFT e prescreve normas gerais para organização das DPE, art. 1º, 3º-A, III e 4º, VII, VIII, X, XI e XXII e 128, X. Vide art. 4º e 5º, VI, VII, XII e XIII e 74, IX e XIII, Lei Complementar Estadual 65/2003.

²⁴⁴ Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

²⁴⁵ Conselho Federal Gestor e Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

²⁴⁶ Expedição de Certidões para Defesa de Direitos e Esclarecimento de Situações.

²⁴⁷ Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, art. 1º, 2º, 3º, XII, 6º a 8º, 29 a 32.

²⁴⁸ Habeas data. O manejo desse remédio, coletivamente, não obstante o princípio da máxima amplitude/não taxatividade, é admitido apenas minoritariamente (Pelo cabimento: GONÇALVES, Renato Afonso. Banco de Dados nas Relações de Consumo – a manipulação de dados pessoais, os serviços de restrição ao crédito e o habeas-data. São Paulo: Max Limonad, 2002 – p. 90-92).

²⁴⁹ Anuidades Escolares, art. 7º.

²⁵⁰ Poluição Causada por Lançamento de Óleo e Outras Substâncias Nocivas ou Perigosas em Águas Sob Jurisdição Nacional, art. 27, § 2º.

²⁵¹ Estatuto da Cidade, art. 1º, 4º, § 2º e 10.

²⁵² Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia – CUEM.

²⁵³ Código Civil – desapropriação privada/judicial indireta/aquisição compulsória onerosa, art. 1.228, §§ 4º e 5º.

²⁵⁴ Estatuto do Idoso, art. 69, 78 a 93.

²⁵⁵ Estatuto do Torcedor, art. 40.

²⁵⁶ Minha Casa Minha Vida – regularização fundiária coletiva, art. 46 a 71-A.

12.016/2009²⁵⁷, 12.288/2010²⁵⁸, 12.527/2011²⁵⁹, 12.529/2011²⁶⁰, 12.846/2013²⁶¹, 13.105/2015²⁶², Constituição Federal²⁶³, Constituição do Estado de Minas Gerais²⁶⁴ entre outras²⁶⁵.

§ 2º À exceção das normas de cunho coletivo previstas no NCPC²⁶⁶, já integrantes do microsistema processual coletivo, sugere-se ao defensor público observar a aplicação residual²⁶⁷ do CPC²⁶⁸.

CAPÍTULO III DA PRIMAZIA DO TRATAMENTO COLETIVIZADO DAS DEMANDAS

Art. 9º Sempre que se vislumbrar a possibilidade da demanda individual estar também abarcada por conflito transindividual mais abrangente, sugere-se ao defensor público primar por seu tratamento coletivizado, judicial e/ou extrajudicialmente, sem prejuízo das demais lides que também gozem de tramitação prioritária, ainda que não coletivas, tais como as manejadas em favor de deficiente²⁶⁹, portador de doença grave²⁷⁰, criança e

²⁵⁷ Mandado de Segurança, art. 21 e 22.

²⁵⁸ Estatuto da Igualdade Racial, art. 1º e 53.

²⁵⁹ Lei de Acesso à Informação.

²⁶⁰ Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, art. 1º, 28, § 3º, 85, §§ 1º, III e 2º, 47, 98, §§ 2º e 3º e 115.

²⁶¹ Lei Anticorrupção.

²⁶² CPC/2015, art. 139, X, 178, III, 185 e 565.

²⁶³ Art. 5º, XXXIII, XXXIV, LXVIII a LXXIV, LXXVII, 102, I, a, c, d e i, II, a, 103, 105, I, b, c e h e II, a, b, 108, I c e d, 109, VII e VIII, 114, IV, 121, § 3º e 134.

²⁶⁴ Art. 4º, §§ 1º a 3º, 5º, 6º e 8º, 73, 91, 118, VIII, 129, 134, VII, § 1º, I, 214, § 1º.

²⁶⁵ As Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 que regulam ações objetivas como ADI, ADC e ADPF, para parte da doutrina, também são coletivas, vide DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael (Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In Ações Constitucionais. Org. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Salvador: Juspodivm. 5ª ed. 2011 – p. 454).

²⁶⁶ Art. 139, X, 178, III, 185 e 565, Lei 13.105/2015.

²⁶⁷ Prefere-se, pela boa doutrina, a incidência residual, ao invés de subsidiária, já que cabe ao intérprete buscar exaustivamente no microsistema a normatização específica aplicável, para só então partir-se para o CPC, ante a incompatibilidade de sua sistemática individualista e não coletivizada com o direito material tutelado (vide DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo. v. 3, Salvador: Juspodivm. 8. ed.. 2013 – p. 64). Art. 19 e 21, LACP, 90, CDC, 22 da Lei 4.417/1965, 7º, Lei 7.853/1989 e 24, Lei 12.016/2009, 212, § 1º, ECA e 16, 1º, 17, § 6º, Lei 8.429/1992, 69, 83 § 1º, 10.471/2003 e 115, Lei 12.529/2011.

²⁶⁸ CPC de 1973 ou de 2015, a depender do caso, vide art. 1.046 da Lei 13.105/2015.

²⁶⁹ Art. 2º, p. u. e 9º, Lei 7.853/1989, 1.211-A, CPC/1973, 1.048, I, CPC/2015 e 69-A, II, Lei 9.784/1999.

²⁷⁰ Art. 1.211-A, CPC/1973, 1.048, I, CPC/2015 e 69-A, IV, Lei 9.784/1999.



adolescente²⁷¹, idoso²⁷², pacientes em *habeas corpus*²⁷³, mandado de segurança²⁷⁴ e *habeas data*²⁷⁵, vítimas de violência doméstica²⁷⁶, beneficiários em execução de decisões do CADE²⁷⁷, dentre outras²⁷⁸.

§ 1º Sugere-se que, após atendimento jurídico específico do caso, sejam escolhidos os assistidos com maior capacidade de interlocução²⁷⁹, designadamente para fins identificação de situação de vulnerabilidade²⁸⁰ ou inexistência de políticas públicas violadoras de direitos fundamentais.

§ 2º Uma vez formalmente colhidas as informações²⁸¹, recomenda-se a coleta de maiores subsídios, convocando-se pessoas inseridas na mesma situação de vulnerabilidade, além de representantes de associação de bairro e co-autores com pertinência sobre o tema, parlamentares com apoio à causa, para que se inicie um debate, inclusive, se for o caso, via audiência pública.

§ 3º Evidenciada a situação, pode-se apurar estratégias de solução extrajudicial e judicial, permitindo uma postura de eleição da causa a partir do contato com a necessidade, não mais do assistido específico, mas do grupo que ele integra de forma coletiva, legitimando e democratizando a atuação^{282 283}.

§ 4º Sugere-se extrema cautela²⁸⁴ ao elaborar a peça de ingresso, pois esta pode ser eleita como *leading case* para compor o trâmite dos recursos repetitivos e/ou repercussão geral²⁸⁵.

²⁷¹ Art. 4º, 47, § 9º, 70-A, p. u., 90, § 2º, 100, p. u. II e IV, 102, § 2º, 152, p. u., 199-C, 260, § 1º-A e 260-I, II, Lei 8.069/1990, 1.048, II, CPC/2015 e 227, CR/1988.

²⁷² Art. 3º, 38, 42, 58 e 71, § 3º, Lei 10.471/2003 e 69-A, I, Lei 9.784/1999, 1.211-A, CPC/1973 e 1.048, I, CPC/2015.

²⁷³ Art. 612 e 664, CPP.

²⁷⁴ Art. 7º, § 4º e 20, Lei 12.016/2012.

²⁷⁵ Art. 7º, § 4º e 20, Lei 12.016/2012 e 19, Lei 9.507/1997.

²⁷⁶ Art. 33, p. u., Lei 11.340/2012.

²⁷⁷ Art. 101, Lei 12.529/2011.

²⁷⁸ Princípio da máxima prioridade da tutela coletiva.

²⁷⁹ Buscar qualidade no atendimento para se identificar uma lesão coletiva, garantindo atendimento diferenciado e consideração às características específicas do grupo;

²⁸⁰ v.g. de serviços estatais falhos, violência policial, revistas vexatórias, etc

²⁸¹ Porquanto se trata de uma representação com ares de direito de petição – art. 5º, XXXIV, da CF – dotada de informações relevantes;

²⁸² Tal iter no atendimento permite uma consequente visibilidade da Instituição perante a comunidade decorrente da atuação, além de eleição de objetivos ligados aos interesses dos seus reais destinatários.

²⁸³ Permite-se aferir já de antemão até mesmo a competência a depender da lesão quanto a sê-la local, regional ou nacional (art. 93, do CDC);

²⁸⁴ Tal exegese parte do pressuposto de se evitar ações temerárias que podem gerar efeitos negativos diretos ou indiretos sobre o pretense beneficiário e, por ricochete, aqueles que estejam enfrentando a mesma causa subjacente (solidariedade processual);

²⁸⁵ Julgamento por amostragem.
Art. 543-CPC e Art. 1.036, NCPC;

§ 5º Importante atuar em conjunto com as defensorias especializadas^{286 287}, inclusive aquelas com atuação perante os tribunais²⁸⁸, visando otimizar e qualificar²⁸⁹ o debate no âmbito recursal.

CAPÍTULO IV DA LEGITIMIDADE, PROCEDIMENTOS E ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NAS DEMANDAS COLETIVAS

Art. 10. Com espeque nos art. 5º, II, da Lei 7.347/1985, 82, III, do CDC, 1º, 4º, VII, VIII, X, XI e XXII, da LCF 80/94, 5º, VI, XII e XIII, da LCE 65/03 e 134 da CR/88, bem como no julgamento da ADI 3943/DF, sugere-se ao defensor público observar ser irrestrita a legitimidade da instituição para o exercício da tutela coletiva, judicial ou extrajudicialmente, incluindo a defesa dos dotados de hipossuficiência organizacional.

§ 1º São ilimitados, a teor do princípio da máxima amplitude/atipicidade/não taxatividade da tutela coletiva:

I – no âmbito do direito processual, os procedimentos e instrumentos judiciais e extrajudiciais disponíveis para sua atuação, bem como os provimentos judiciais passíveis de postulação, independentemente da espécie e/ou *nomen iuris* conferido à demanda²⁹⁰;

II – no âmbito do direito material, em regra, as matérias jurídicas passíveis de proteção e defesa coletivizada²⁹¹.

§ 2º Não obstante a vedação legal expressa para o exercício de tutela coletiva de pretensões atinentes a tributos, contribuições previdenciárias e FGTS, sugere-se ao defensor público não olvidar as teses de sua inconstitucionalidade e/ou aplicação restritiva/mitigada²⁹².

²⁸⁶ Atuação pró-ativa em consonância ao art. 4º, VII, da LC 80/94;

²⁸⁷ Em analogia ao instituto da notificação compulsória da área de saúde;

²⁸⁸ A atuação do órgão de execução perante os Tribunais depende e muito da eficiência da atuação do responsável pelo feito desde a sua distribuição;

²⁸⁹ Orientar-se como driblar a chamada jurisprudência defensiva;

²⁹⁰ Art. 4º, 21, LACP, 83, CDC, 212, ECA e 82, Lei 10.417/2003, 4º, II, VII e X, LC 80/1994.

²⁹¹ Art. 5º, XXXV, CR/1988, 1º, IV e 4º, LACP.

²⁹² Boa doutrina defende a inconstitucionalidade *formal*, haja vista a ausência de urgência para edição da MP 2.180-35/2001 que previu a norma, e *material* por ofensa ao princípio do acesso à Justiça. Por todos, MAZZILLI, Hugo Nigro (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131) e ALMEIDA, João Batista de (*Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2001, p-65-66). Fora ajuizada ainda a ADI 2.251/DF contra o dispositivo, mas cujo julgamento de mérito não fora ultimado por falta de aditamento da exordial em função das reedições da MP. Há ainda julgados admitido, por exemplo, ações coletivas versando sobre benefícios (e não contribuições) previdenciários, tarifas/preços públicos, proteção ao erário e à probidade administrativa ainda que reflexamente refira-se a tributos, mandados de segurança coletivo atinentes a tributos etc.

Vide STJ (REsp 1.414.439/RS, DJe 03.11.2014; Ag no Ag no REsp 1.428.841/SC, DJe 31.03.2014; AgRg no REsp 1243163/RS, DJe 19.02.2013; REsp 1.142.630/PR, DJe 01.02.2011; REsp 903.189/DF, DJe 16.12.2010; AG 516.419/PR, DJe 12.02.2010 e RMS 18.971/MT, DJ 14.11.2005) e STF (RE 549.419/DF, DJe 06.08.2010; RE 607.200/SC, DJe 06.08.2010; RE 491.762/SE, DJe 26.02.2010; RE 444.357/PR, DJe 11.11.2009 e RE 196.184/AM, DJ 18.02.2005).



§ 3º Sempre que cabível ao caso, sugere-se ao defensor público não olvidar a admissibilidade da tutela reparatoria por dano moral coletivo, tanto judicial²⁹³, como extrajudicialmente^{294 295}.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, sugere-se ao defensor público observar, sempre que aplicável ao caso, o cabimento da cumulação da tutela de danos morais coletivos²⁹⁶ com a dos individuais coletivizados na condição de direitos individuais homogêneos²⁹⁷.

Art. 11. Sendo a legitimação para a tutela coletiva concorrente e disjuntiva/simples, sugere-se ao defensor público observar a possibilidade da atuação extrajudicial isolada ou concomitante, ou judicial em litisconsórcio facultativo, com os outros colegitimados coletivos, originária ou ulteriormente.

§ 1º O defensor público deve atentar para a existência da tese de que sua intervenção coletiva, isolada ou litisconsorcial, não se restringe às matérias de competência, originária ou preventa, da justiça estadual de Minas Gerais²⁹⁸, podendo exercitá-la, desde que hajam potenciais lesados domiciliados em sua circunscrição de atuação, e se recomendável ao interesse público, em demandas afetas à justiça federal, do trabalho etc²⁹⁹, bem como ao Poder Judiciário de outros Estados, Distrito Federal ou Territórios³⁰⁰, observado o parágrafo seguinte.

§ 2º Na hipótese de se mostrar conveniente a atuação judicial nos moldes do parágrafo anterior, não obstante a possibilidade da intervenção isolada sugere-se ao defensor público avaliar a relevância de sua atuação em litisconsórcio com os colegitimados, tais como Defensorias Públicas e Ministérios Públicos da União e/ou de outros Estados, Procon's, associações etc, visando melhor operacionalizar o devido acompanhamento da demanda, bem como evitar eventuais prejuízos à celeridade e efetividade por conta de questionamentos de sua legitimidade ativa/atribuição perante Instância diversa do judiciário estadual mineiro.

§ 3º Na hipótese de atuação conjunta do defensor público com outro colegitimado, sugere-se a realização de entendimentos mútuos, visando uma atuação conjugada, cooperada e com otimização de resultados proveitosos, por meio da remessa recíproca de elementos de informação colhidos por cada um deles, e evitando-se, sempre que possível, a adoção de posições conflitantes.

²⁹³ Ação coletiva.

²⁹⁴ Compromisso de ajustamento de conduta.

²⁹⁵ Princípio da reparação integral. Art. 1º, *caput*, LACP e 6º, VI e VII, CDC. Vide STJ (REsp 1.315.822/RJ, *DJe* 16.04.2015).

²⁹⁶ Direito difuso e/ou coletivo e *stricto sensu*.

²⁹⁷ Demanda coletiva "híbrida". Art. 81, CDC. Vide TJMG (Ap. Cv. 0031097-11.2011.8.13.0611 (1), *DJe* 24.02.2015) e STJ (REsp 1293606/MG, *DJe* 24.09.2014).

²⁹⁸ Art. 2º, LACP, 93, CDC, 5º, Lei 4.717/1965, 209, ECA, 80, Lei 10.741/2003 e 3º, § 1º, Lei 10.259/2001.

²⁹⁹ Art. 5º, §§ 2º e 5º, LACP, 3º, § 5º, Lei 7.853/1989, 210, § 1º, ECA, 27, § 2º, Lei 9.966/2000, 81, § 1º Lei 10.741/2003. Vide STJ (REsp 1.444.484/RN, *DJe* 29.09.014 e 382.659/RS, *DJe* 02.12.2003) e WATANABE, Kazuo (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. Processo coletivo (art. 81 a 104 e 109 a 119), vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105-106).

³⁰⁰ Vide SOUZA, Motauri Chiochetti (*Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 69-72); WATANABE e REIS, Nelson Santiago (*Ministério Público e a Cidadania*. Recife: Ed. do IMPP, 1994. p. 69-71).

CAPÍTULO V DA PRIMAZIA DA TUTELA RESOLUTIVA DA DEMANDA COLETIVA

Art. 12. Considerando a morosidade e insegurança inerentes ao processo judicial, a cultura demandista deve ser a *ultima ratio*, devendo o defensor público priorizar a cultura resolutiva dos litígios de cunho coletivo³⁰¹.

Parágrafo único. Mesmo após intentada demanda judicial, sugere-se ao defensor público, sempre que conveniente, reiterar, paralelamente e se adequado for, esforços para a resolução da lide.

CAPÍTULO VI DA MÁXIMA CORRESPONDÊNCIA ENTRE A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DOS TITULARES DO DIREITO COLETIVO

Art. 13. Não obstante a autonomia³⁰² da Defensoria Pública e independência funcional³⁰³ de seus membros, além da presunção da sua representação adequada *ope legis* e a natureza autônoma da legitimidade ativa para a tutela coletiva³⁰⁴, sugere-se ao defensor público observar o manejo responsável e estratégico dos instrumentos extrajudiciais e judiciais coletivos, aferindo-se os reais benefícios a serem conferidos à comunidade diretamente envolvida bem como o *modus operandi* mais adequado na promoção da tutela de seus interesses, visando o atingimento dos resultados mais satisfatórios e socialmente eficazes possíveis.

Parágrafo único. Considerando as peculiaridades da causa, sua complexidade político-social, multiplicidade de interesses envolvidos e alto grau de litigiosidade interna no corpo social afetado e/ou eventual cenário jurisprudencial adverso ao êxito na demanda, recomenda-se ao defensor público:

I – franquear ampla participação democrática dos lesados e interessados diretos na demanda mediante:

a) proposição da construção conjunta das alternativas, judiciais e extrajudiciais, mais adequadas à resolução da controvérsia;

b) atuação articulada entre Defensoria Pública e comunidade, parceiros e demais organismos sociais, com promoção, se oportuno, de intensa mobilização social e debate midiático da questão;

³⁰¹ Art. 4º, II, LC 80/1994.

³⁰² Art. 134, § 2º, CR/1988.

³⁰³ Art. 134, § 4º, CR/1988, 3º, LCF 80/1994 e 3º LCE 65/2003.

³⁰⁴ Independente de autorização dos titulares do direito.



c) empoderamento político-social da comunidade e lideranças comunitárias e sociais envolvidas, permitindo-lhes maior capacidade de autogestão da lide, prevenindo a repetição da lesão ou ameaça de lesão coletiva, bem como a fiscalização do cumprimento pelo violador dos compromissos de ajustamento de conduta e decisões judiciais exarados;

II – participar em conselhos municipais, estaduais e federais, de forma fomentar o contato direto e permitir a conjugação de esforços com cidadãos com atuação marcante nas causas de interesse coletivo;

III – postergar, se recomendável for, o manejo da demanda judicial, acaso vislumbrados riscos de resultados potencialmente desfavoráveis e/ou pouco proveitosos, ainda que reflexos, provenientes da judicialização precipitada da causa, com frustração, *verbi gratia*, de tratativas já em andamento e/ou engessamento político de outras perspectivas de resolução extrajudicial da demanda;

IV – avaliar, se recomendável, a necessidade do manejo, inicialmente, apenas de ações individuais em situações atinentes a demandas altamente complexas, ao invés de coletivização açodada da questão, permitindo a eventual produção de precedentes jurisprudenciais favoráveis em reforço à demanda coletiva;

V – realizar parcerias com membros do Poder Legislativo e Poder Executivo;

VI – encaminhar representação à Defensoria Pública Geral para análise de pertinência e viabilidade jurídica ao manejo de ADI ou ADC, nos termos da Deliberação n.º 01/2015.

CAPÍTULO VII DA MÁXIMA PUBLICIZAÇÃO DA TUTELA COLETIVA

Art. 14. Sugere-se ao defensor público observar o princípio da máxima informação e divulgação, publicizando a demanda coletiva aos colegitimados, demais interessados, público em geral e imprensa, sem prejuízo da prática de atos mais relevantes³⁰⁵, disponibilizando, inclusive, as respectivas petições iniciais, decisões judiciais e termos de ajustamento de conduta, de modo a assegurar a consecução da educação em direitos e o auxílio na sua tutela com maior controle quanto ao cumprimento das obrigações e não repetição de práticas, por meio de:

I – divulgação em “grupos de e-mails” e outros canais eletrônicos afetos à temática objeto da demanda;

II – divulgação em bancos de petições e de dados de demandas coletivas aludidos no inciso I do parágrafo único do art.18;

III – publicação na notícia da demanda judicial ou extrajudicial coletiva, incluindo os extratos de termos de ajustamento de conduta, na imprensa oficial, mídia, sítios eletrônicos etc;

IV – remessa de memorandos aos demais membros da instituição e ofícios a autoridades e terceiros interessados;

V – expedição, no caso de ação judicial, do edital aludido no art. 94 do CDC.

³⁰⁵ Audiências públicas, etc.

TÍTULO II DA TUTELA COLETIVA EXTRAJUDICIAL

CAPÍTULO I DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INSTRUÇÃO COLETIVO³⁰⁶

SEÇÃO I DOS OBJETIVOS E INSTAURAÇÃO

Art. 15. Evidenciada a ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito coletivo, sugere-se ao defensor público instaurar processo administrativo de instrução coletivo visando, primordialmente:

I – produção de elementos de informação que confirmem e/ou reforcem a plausibilidade jurídica da pretensão coletiva invocada;

II – resolução extrajudicial da controvérsia;

III – instrução de demanda judicial coletiva, acaso fracassadas as tentativas de solução sem intervenção do Judiciário, perante o ordenamento jurídico interno nacional e/ou externo, se cabível, por meio de representação a sistemas internacionais de proteção de direitos humanos³⁰⁷.

Art. 16. Sugere-se ao defensor público proceder a instauração de processo administrativo de instrução coletivo:

³⁰⁶ Como aponta a doutrina, a Lei 7.347/1985, por ter sido “gestada” no seio do Ministério de São Paulo – que a todo momento tencionou pela consagração da exclusividade ministerial no manejo da ação civil pública -, mencionou apenas o Parquet como legitimado para a instauração de inquérito civil público. Tal tentativa de “reserva de mercado” (nas palavras de Ada Pellegrini Grinover), acabou por induzir parte da doutrina clássica a inicialmente pugnar pela suposta impossibilidade de manejo do instrumento pelos demais colegitimados da tutela coletiva, ainda que públicos inclusive, em função da omissão legislativa. Não obstante, nada justifica impedir que, justamente quem pode “o mais”, que é ajuizar ação civil pública, esteja proibido de se valer do próprio mecanismo por meio do qual se busca a produção de elementos de informação para instrução da ação coletiva bem como a almejada resolução desjudicializada do conflito (teoria dos poderes implícitos). Segundo o promotor de justiça paulista Rogério Bastos Arantes, a Instituição bandeirante buscava tal atribuição exclusiva “nem que para isso tivesse que afastar a própria sociedade civil do caminho”, afirmando ainda o sentimento de que a multiplicidade de legitimados coletivos “introduziria uma indesejável concorrência para o Ministério Público, ameaçando sua posição de poder duramente conquistada ao longo dos anos.” (*Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 202, p. 54 e 71). Ocorre que, em função da lamentável lacuna legislativa arregimentada pela gênese pouco democrática que inspirou o instituto, algumas Defensorias Públicas do país passaram a adotar terminologia diversa para nominar o processo administrativo antecedente à ação civil pública, evitando questionamentos indevidos calcados na posição corporativista ora sucitada. Em Minas Gerais, por exemplo, a Defensoria Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais – DPDH – mais antiga do país em direito humanitário – passou a adotar a nomenclatura ora empregada (apenas aqui acrescida do vocábulo “coletivo” para diferenciar dos feitos individuais): “processo administrativo de instrução coletivo”. Já no Rio Grande do Sul, a Resolução 01/2008 da Defensoria Pública-Geral previu a nomenclatura “procedimento para apuração de dano coletivo – PADAC”. De toda maneira, independentemente do nome conferido ao instituto, o que importa para sua configuração e aplicação dos dispositivos regentes sobre o tema é o seu conteúdo de servir à tutela coletiva extrajudicial e eventual instrução de demanda judicial metaindividual, e não a roupagem designativa pela qual se reveste. Vide ainda GRINOVER, Ada Pellegrini (Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. In *Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem – reflexões sobre a Lei Complementar 132/2009*. Org. SOUSA, José Augusto Garcia de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143-165).

³⁰⁷ Art. 1º, 3º-A, III e 4º, III e VI, LC 80/1994.



I – de ofício;

II – mediante requerimento ou comunicação pelos titulares dos direitos coletivos, outros membros da Defensoria Pública de Minas Gerais, demais autoridades, entidades públicas ou privadas e quaisquer outros eventuais terceiros.

§ 1º Sugere-se ao defensor público manter-se sempre atento às informações veiculadas, ainda que informalmente, inclusive pelos meios de imprensa e *internet*, sobre ameaça ou violação de direito coletivo envolvendo a comunidade local onde exerce suas atribuições, procedendo a respectiva instauração de processo administrativo de instrução coletivo, se cabível, para sua apuração e resolução.

§ 2º Observar que a comunicação apócrifa de ameaça ou lesão a direito metaindividual não impede a instauração de processo administrativo de instrução coletivo, estando, contudo, o seu regular prosseguimento, com adoção de posturas resolutivas diretamente relacionadas ao mérito da demanda (expedição de recomendações, compromissos de ajustamento de conduta, ajuizamento de ações coletivas etc), condicionado à colheita prévia de elementos mínimos de informação confirmatórios da seriedade da notícia³⁰⁸.

§ 3º No caso de comunicação formulada nos moldes do parágrafo antecedente, sugere-se ao defensor público manejar, se preciso, instrumentos como requisições administrativas e ações judiciais (mandado de segurança, *habeas data* etc) visando obtenção dos documentos e outros elementos de informação abusivamente negados pelo ofensor ou terceiros ou sobre os quais pairam sigilo, e que sejam necessários ao esclarecimento da veracidade da notícia anônima³⁰⁹.

§ 4º Havendo comunicação verbal, sugere-se reduzi-la a termo que deverá ser assinado pelo declarante.

Art. 17. A portaria de instauração do processo administrativo de instrução coletivo deve conter:

I – numeração cronológica, seguida do ano de sua expedição, renovada anualmente, e distinta em cada um dos órgãos de execução, órgãos especializados ou comarcas;

II – identificação, contendo a qualificação completa, se possível, dos assistidos titulares do direito coletivo tutelado e dos supostos violadores do direito coletivo tutelado;

III – sucinta fundamentação fática e jurídica da demanda, incluindo o modo pelo qual se originou a deflagração do processo administrativo de instrução coletivo;

IV – eventuais diligências e determinações inicialmente adotadas, incluindo aquelas dispostas no parágrafo único do art.18;

V – data e local de instauração;

VI – assinatura.

Parágrafo único. Salvo os casos revestidos de sigilo, o defensor público deve velar pela divulgação da instauração do processo administrativo aludido neste capítulo, mediante afixação da portaria no quadro de avisos do átrio do prédio de sua lotação e publicação na imprensa oficial, sem prejuízo de outras formas de divulgação que julgar pertinentes.

³⁰⁸ Art. 5º, IV, CR/1988. Vide STJ (RMS 38010/RJ, Dje 16.05.2013; RMS 37.166/SP, Dje 15.04.2013; RMS 30.510/RJ, Dje 10.02.2010).

³⁰⁹ Art. 4º, IX, LC 80/1994.

SEÇÃO II DA APURAÇÃO DE IDENTIDADE DE DEMANDAS COLETIVAS

Art. 18. Instaurado o processo administrativo de instrução coletivo, sugere-se ao defensor público proceder, inicialmente, prévia aferição quanto a eventual existência de identidade, total ou parcial, de sua causa de pedir e pedido, com outro feito extrajudicial ou judicial coletivo intentado por outro membro ou colegitimado coletivo, visando a apurar conexão, continência, litispendência, coisa julgada ou prevenção.

Parágrafo único. Como critérios de consulta das informações aludidas no caput, sugere-se ao defensor público realizar busca perante:

I – bancos de dados de ações coletivas mantidos por órgãos e entidades públicas ou privadas, tais como banco de petições da Defensoria Pública de Minas Gerais³¹⁰, demais membros da Instituição, outras Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, entidades e órgãos públicos e privados e associações com atuação na temática coletiva em discussão (Secretaria Nacional de Direitos do Consumidor, Procon's, OAB, CNJ, CNMP, Cadastros Nacionais de Informações de Ações Coletivas, Inquéritos e Termos da Ajustamento de Condutas³¹¹, ONG's, sindicatos, movimentos sociais, coletivos e cidadãos e associações de classe);

II – consultas em:

- a)** jurisprudência;
- b)** doutrina;
- c)** imprensa.

Art. 19. Observar que não necessariamente está impedida a atuação coletiva por existir outra demanda coletiva em curso ou já finda, judicial ou extrajudicial, com identidade de causa de pedir ou pedido, principalmente nos casos de:

I – concomitância apenas entre processos administrativos coletivos, inquéritos civis e demais instrumentos de atuação extrajudicial, findos ou não, os quais podem ter o seu processamento independente;

II – concomitância entre processo administrativo de instrução coletivo com demanda judicial coletiva, ou entre demandas judiciais coletivas, devendo ser observada, contudo, no último caso, a necessidade de reunião para processamento e julgamento simultâneo perante o Juízo prevento, respeitado o disposto no parágrafo único;

III – concomitância entre processo administrativo de instrução coletivo ou demanda judicial coletiva com demanda judicial coletiva que tenha tido pedido julgado improcedente por falta de instrução probatória, admitindo-se o manejo de nova demanda no caso de superveniência de prova nova (*secundum eventus probationis*);

IV – concomitância entre processo administrativo de instrução coletivo ou demanda judicial com compromisso de ajustamento de conduta, nos termos do art.31.

³¹⁰ Resolução 157/2010, DPG/DPMG; correio eletrônico: banco@defensoria.mg.gov.br. A economia de escala pode ser verificada com o cadastro de tais atuações justamente para viabilizar menor esforço de órgãos de execução que se deparem com casos iguais aos de outras unidades, mormente no que tange a pesquisa especializada, assim como evita atuações conflitantes consistente, por exemplo, em posicionamentos já tomados.

³¹¹ Resolução Conjunta 02/2001, CNJ e CNMP.



Parágrafo único. No caso de concorrência de demandas judiciais aludida no inciso II, havendo, além da identidade completa de causa de pedir e pedido, a coincidência das partes processuais, observar a tese que recomenda haver litispendência ou coisa julgada coletiva, necessitando ser extinta uma delas segundo as normas processuais vigentes.

SEÇÃO III

DA INSTRUÇÃO E TENTATIVA DE RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA CONTROVÉRSIA

Art. 20. Adotadas as providências preliminares precedentes e não sendo hipótese de extinção do procedimento administrativo de instrução coletivo, recomenda-se ao defensor público realizar a produção de elementos de informação necessários à resolução da controvérsia, sempre que possível, por meio de:

- I** – expedição de notificações³¹² em face da parte ofensora;
- II** – expedição requisições administrativas em face da parte ofensora e terceiros que possam contribuir com a demanda de alguma forma, inclusive a respeito de informações estatísticas contidas, por exemplo, em cadastros de reclamações fundamentadas³¹³ e no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC em demandas consumeristas;
- III** – realização reuniões com os assistidos lesados, coletivamente, autoridades e demais envolvidos;
- IV** – proposição e realização de sessões de autocomposição coletiva de conflitos, tais como conciliação, mediação e arbitragem³¹⁴;
- V** – realização inspeções e visitas técnicas em comunidades, estabelecimentos prisionais, unidades de internação e estabelecimentos de saúde etc³¹⁵;
- VI** – realização de consultas públicas;
- VII** – convocação e organização audiências públicas ou proposição de sua realização por terceiros e delas participando e/ou auxiliando;
- VIII** – expedição de recomendações³¹⁶;
- IX** – elaboração de pareceres e cartas-abertas opinando sobre temas jurídicos sensíveis coletivos e pela aprovação ou reprovação de projetos de lei;
- X** – proposição e execução projetos de atividades e programas de atuação, modernização e reparação de danos, incluindo de caráter científico, educativo, preventivo e estruturação administrativa, inclusive mediante obtenção de recursos por meio de parceiros e de fundos de direitos difusos³¹⁷;

³¹² Art. 74, XIII, LC Estadual 65/2003.

³¹³ Art. 44, CDC, 3º, XIII, 4º, V, 57 a 62, Decreto 2.181/1997.

³¹⁴ Art. 4º, II, § 4º, LC 80/1994 e 5º, I, LC Estadual 65/2003, 1º, §§ 1º a 3º e 175 NCPC.

³¹⁵ Art. 4º, XVII, § 11 e 128, VI, LC 80/1994, 5º, X e 74, IV, LC Estadual 65/2003, 81-B, V e p. u., Lei 7.210/1984.

³¹⁶ Ainda que sem previsão legal expressa, inegável a legitimidade da Defensoria Pública para seu manejo, sendo um dentre os vários instrumentos extrajudiciais de que dispõe na condição de legitimado para a tutela coletiva. Em São Paulo, verbi gratia, está prevista na Deliberação 139/2009 do Conselho Superior da Defensoria daquele Estado (art. 8º, IV).

³¹⁷ Art. 13, LACP, 6º, III e VII, Decreto 1.306/1994, 1º, § 1º, 3º, III e VII, Lei 9.008/1995.

XI – realização educação em direitos, por meio de palestras, cursos, debates, seminários, cartilhas, entrevistas etc³¹⁸;

XII – participação propositiva nos Conselhos em que tiver assento³¹⁹;

XIII – promoção de mecanismo para criação ou aprimoramento de fundos e respectivos conselhos específicos de direitos coletivos em âmbito municipal ou estadual eventualmente ainda não instituídos ou passíveis de incremento material e normativo acaso já criados;

XIV – proposição ou celebração de convenção coletiva de consumo representando assistido associação de consumidores ou sindicato³²⁰;

XV – realização perícias técnicas;

XVI – proposição e celebração de compromissos de ajustamento de conduta.

Art. 21. O defensor público, sempre que necessário, deve apoiar sua atuação em conhecimento técnico especializado interdisciplinar³²¹ subsidiando não somente a instrução da demanda, mas também a resolução desta por meio da celebração de compromisso de ajustamento de conduta e contribuindo para reparação dos danos materiais e morais aos lesados³²².

Parágrafo Único. Inexistindo respectivo quadro de apoio para exercer as atividades meio aludidas no *caput* na Defensoria Pública, sugere-se ao defensor público buscar auxílio e parcerias perante entidades públicas e privadas, incluindo Conselhos de Classe, Universidades, entidades assistenciais etc.

SUBSEÇÃO I DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 22. Expedir requisição administrativa em matéria coletiva, independentemente do pagamento de taxas e outros ônus, observando o prazo mínimo razoável para seu cumprimento conforme a natureza da informação e, primordialmente, a manifestação sempre conciliatória e cooperativa do intento de resolução amistosa da controvérsia, cabendo, em caso de omissão do destinatário, responsabilização cível, administrativa e penal³²³.

³¹⁸ Art. 1º e 4º, IV, LC 80/1994, 4º e 5º, I LC Estadual 65/2003.

³¹⁹ Art. 4º, I e III, LC 80/1994, 4º, IV e 6º, II, CDC.

³²⁰ Art. 107, CDC.

³²¹ Contabilidade, engenharia, geologia, medicina, psicologia, assistência social, sociologia etc.

³²² Art. 4º, IV e XVIII, LC 80/1994.

³²³ Art. 128, X, LC 80/1994, 74, IX, LC Estadual 65/2003, 5º, XXXIII e XXXIV, CR/1988, 4º, §§ 1º, 2º, 5º e 8º, 73, 91, 214, § 1º, II, Constituição Mineira, 8º e 10, LACP, 3º, I e II, Lei 1.060/50, 330, Código Penal, 1º, §§ 4º a 7º, e 8º, Lei 4.717/1965, 3º, §§ 1º a 4º, e 6º, Lei 7.853/1989, 223, ECA, 4º e 5º, Lei 8.159/1991, 4º, 11, IV e 12, III, Lei 8.429/1992, art. 1º, Lei 9.051/1995, 92, Lei 10.741/2003, 7º, § 4º, 11, § 1º, 12, parágrafo único, 21 e 32, I, § 2º, Lei 12.527/2011, 1º e 20, I, d, Lei Estadual 15.424/2003 e Decreto Estadual 45.969/2012. Os prazos mínimos previstos para cumprimento legislação variam de 10 dias úteis, a 15 ou 20 dias corridos (prorrogável por mais 10 mediante justificativa expressa), podendo ser invocado o menor deles (mais benéfico), segundo a teoria do “diálogo de fontes”.



SUBSEÇÃO II DAS PROVAS, VISITAS, INSPEÇÕES, REUNIÕES E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Art. 23. As provas devem ser buscadas em conjunto com grupos ou órgãos temáticos.³²⁴

Art. 24. Tratando-se de violação de direitos envolvendo localidade ou comunidade especificamente delimitáveis³²⁵, recomenda-se a realização de inspeções e visitas técnicas para extrair elementos de informação sobre a causa, realizando registros fotográficos e colheita de depoimentos.

§ 1º Realizar as visitas técnicas, inspeções, reuniões e audiências públicas em dias e horários que permitam a maior presença possível de integrantes da comunidade afetada, autoridades, convidados e terceiros.

§ 2º Sempre que possível, as reuniões e audiências devem ser realizadas na própria comunidade lesada ou em local próximo visando garantir, dessa forma, maior participação popular.

§ 3º Das visitas técnicas, inspeções, reuniões e audiências públicas, recomenda-se a lavratura do respectivo termo circunstanciado, mencionando os participantes e discriminando as atividades realizadas.

Art. 25. Propor ou realizar audiências públicas³²⁶ para tratar de objeto da demanda coletiva, garantindo maior participação democrática e permitindo a divulgação, colheita de elementos de informação e eventual realização de tratativas para celebração de compromisso de ajustamento de conduta.

§ 1º Previamente à realização da audiência pública sugere-se ao defensor público:

- I** – confecção de edital de convocação, divulgação e regulação mínima, o qual deverá conter:
- a)** local, data e horário de sua realização, com menção do momento de seu início e encerramento;
 - b)** descrição de seu objeto;
 - c)** descrição de seu objetivo;
 - d)** indicação das pessoas e órgãos especificamente convidados para o ato, sem prejuízo da ampla participação do público em geral, autoridades e demais terceiros interessados;
 - e)** indicação dos meios pelos quais ocorrerá a sua divulgação;
 - f)** responsáveis pela presidência do evento;
 - g)** cronograma contendo forma, horários e prazos de cada etapa (considerações iniciais, apresentação dos presentes e do tema, inscrição para manifestação, tempo para perguntas e respostas, considerações finais etc);

³²⁴ A exemplo da defesa do consumidor em parceria com o Procon; defesa de portadores de deficiência a partir de dados obtidos pela APAE, etc.

³²⁵ Conflitos possessórios, calamidades e desastres ambientais urbanos ou rurais, áreas de risco, quilombolas, comunidades indígenas, rebeliões em unidades prisionais e internação etc.

³²⁶ Art. 4º, XXII, LC 80/1994 e 80, Lei 7.210/1984.

II – convidar diretamente assistidos, apoiadores, instituições, autoridades e mais envolvidos, bem como supostos ofensores do direito coletivo.

§ 2º O edital deve ser afixado na Defensoria Pública local e publicado na imprensa oficial, sem prejuízo da divulgação no sítio eletrônico da Defensoria Pública, encaminhamento de *release* para a imprensa, elaborado conjuntamente com a assessoria de comunicação, confecção de panfletos, cartazes, realização de entrevistas e outros meios adequados.

§ 3º A audiência pública deve ser conduzida sem formalismos rígidos, assegurando-se o comparecimento de interessados e convidados independentemente de inscrição prévia.

SUBSEÇÃO III DAS PERÍCIAS TÉCNICAS

Art. 26. Tratando-se de demanda que envolva questão eminentemente técnica, sugere-se ao defensor público buscar auxílio específico em perícia, observado o disposto no art.20³²⁷.

Parágrafo único. Do ato, recomenda-se a confecção de relatório descritivo e fotográfico.

Art. 27. Sempre que oportuno, notadamente tratando-se de demanda envolvendo políticas públicas, violações paradigmáticas de direitos humanos e demais questões de alta complexidade político social, oferecer e buscar apoio perante entidades públicas com atuação na matéria objeto do processo administrativo de instrução coletivo, tais como Câmaras Municipais, Assembléia Legislativa, parlamentares, associações, ONGS, movimentos e lideranças sociais, coletivos, Conselhos Tutelares, Procon's etc.

SUBSEÇÃO IV DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 28. Celebrar compromisso de ajustamento conduta³²⁸, mediante confecção do respectivo termo de ajustamento de conduta, o qual deverá conter:

I – título indicando:

- a)** a expressão designativa de sua natureza “Termo de Ajustamento de Conduta – TAC”;
- b)** número em ordem cronológica crescente, renovado anualmente, seguido do ano de sua celebração, distinto para cada órgão de execução, órgão especializado ou comarca;

II – preâmbulo mencionando:

- a)** qualificação completa das partes ajustantes, contendo nome, nacionalidade, estado civil, profissão, número de documento de identificação e CPF ou CNPJ, residência e domicílio, além do nome do presentante legal para o ato no caso de órgão ou pessoa jurídica;
- b)** número do procedimento administrativo de instrução coletivo que o originou;

III – cláusulas que versem sobre:

³²⁷ Art. 4º, IV e 4º-A, I, b, LC 80/1994.

³²⁸ Art. 5º, § 6º, LACP, 82, § 3º e 113, CDC, 211, ECA, 585, II, CPC/1973, 784, II e IV, CPC/2015, 4º, § 4º XXI, LC 80/1994 e 5º, XIII, LC Estadual 65/2003.



- a) descrição clara e pormenorizada das obrigações assumidas;
- b) prazo para cumprimento das obrigações;
- c) *astreintes* diária por descumprimento das obrigações;
- d) cláusula penal por descumprimento da obrigação;
- e) garantias do pagamento da multa pecuniária ou cláusula penal em caso de descumprimento da obrigação, tais como fiança bancária etc;
- f) recolhimento de valor concernente à eventual reparação material e/ou moral coletiva para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDDD, Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – FPDC ou outro específico aplicável ao caso;
- g) honorários devidos à Defensoria Pública, sempre que possível, a ser recolhido ao seu Fundo de Aparelhamento e Capacitação³²⁹.

Parágrafo único. Executar judicialmente o termo de ajustamento de conduta sempre que não cumprida voluntariamente as obrigações nele dispostas.

Art. 29. Em função da indisponibilidade dos interesses coletivos, observar a impossibilidade de disposição do conteúdo de fundo do direito material envolvido no compromisso de ajustamento de conduta, estando a discricionariedade de sua estipulação adstrita somente quanto ao modo de cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Observar que a celebração de termo de ajustamento de conduta abrangendo somente parte do objeto versado pelo processo administrativo de instrução, não consiste em violação da disponibilidade de seu conteúdo, sempre que atendido o melhor interesse dos titulares dos direitos coletivos, devendo prosseguir o processo administrativo de instrução até seus ulteriores termos em relação ao teor remanescente não acordado.

Art. 30. Observar que a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público em demanda judicial coletiva não se aplica ao compromisso de ajustamento de conduta³³⁰.

Art. 31. A mera existência de compromisso de ajustamento de conduta versando, total ou parcialmente, sobre determinado interesse coletivo, não impede sua atuação, seja para entabulação de novo compromisso de ajustamento de conduta sucessivo visando a adequação do anterior em função da alteração da realidade fática, para sua complementação, seja para colheita de provas para instrução de eventual demanda judicial coletiva, notadamente em se tratando de obtenção de acordo ou provimento judicial mais proveitosos aos titulares do direito³³¹.

³²⁹ Art. 4º, XXI, LC 80/1994 e 146, 5º, LC Estadual 65/2003.

³³⁰ REsp 299.400/RJ, DJe 02.08.2016. NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de Ajustamento de Conduta. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 187-188. PROENÇA, Luis Roberto. Inquérito Civil – atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça. São Paulo: RT, 2001, p. 128-130.

³³¹ Art. 6º, §§ 1º e 2º, Decreto 2.181/1997 e 53, § 12, Lei 12.529/2011. Vide STJ (REsp 1309948/SP, DJe 24.02.2015; 265.300/MG, DJ 06.10.2006 e 514.489/MG, DJ 16.05.2005).

SEÇÃO IV DO ENCERRAMENTO

Art. 32. Procedida a devida resolução extrajudicial da demanda, ou ajuizada a respectiva demanda coletiva, sugere-se o encerramento do processo administrativo de instrução coletivo, sem prejuízo de sua reativação para adoção de eventuais medidas extrajudiciais paralelas que se fizerem necessárias, ainda que estando em curso o processo judicial.

Parágrafo único. Não se tratando de caso passível de atuação coletiva da Defensoria Pública, sugere-se a remessa da demanda para outro órgão de execução ou entidade pública ou privada (associações civis etc) com atribuição para a defesa individual, sem prejuízo da observância do art. 4º, § 8º, LC 80/1994.



Parte Segunda: LIVRO I – Da Atuação na Tutela Coletiva
3.3

TÍTULO III DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Art. 33. Em demandas repetitivas que tramitem perante o Juizado Especial Cível ou Justiça Comum e que cheguem ao conhecimento do órgão de execução, necessário avaliar o modo de intervenção, destacando-se, no primeiro caso, o manejo da Reclamação ao STJ³³² e, no segundo, o ingresso no feito como *Amicus Curiae*³³³, demonstrada a pertinência temática³³⁴.

Art. 34. Ao judicializar o conflito, deverá o defensor público:

I – observar se o interesse a ser defendido é coletivo *lato sensu*³³⁵;

II – verificar se, sendo coletivo *lato sensu*, consiste em interesse difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo³³⁶;

III – verificar sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública^{337 338};

IV – observar os princípios que regem a matéria;

V – apurar se o(s) fato(s) que embasa(m) a demanda coletiva configuram mais de uma modalidade de direito coletivo *lato sensu*³³⁹;

VI – buscar informações sobre a existência de ações semelhantes propostas por outros órgãos de execução;

³³² Resolução 12/09 do STJ.

³³³ Art. 138, NCPC;

³³⁴ Como precedentes que viabilizaram a atuação da DP perante o STFna condição de amicuscuriae vide: ADI nº 4.636, RE nº 580.963, ADPF nº 186 e STJ confira: REsp nº 1.111.566, REsp nº 1.133.869 e REsp nº 1.339.313;

³³⁵ Cabe afirmar que o interesse coletivo *lato sensu* ocupa espaço híbrido, pois não interessa diretamente ao âmbito público nem ao privado. Entretanto, não deixa de atrair a atenção social, diante do número de atingidos. Extrapola a órbita individual, relativizando o dualismo Estado-indivíduo, também chamado público-privado, dando corpo a um conjunto de direitos, muitas vezes particulares na origem, mas publicizados pela importância que despertam na construção da cidadania.

³³⁶ A definição legal de cada modalidade de interesse coletivo *lato sensu* consta do artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

³³⁷ Nesse aspecto, merecem destaque os artigos 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/85 e 4º, incisos VII, VIII, X e XI, da Lei Complementar nº 80/94. Requer atenção ainda, a definição de grupo de pessoas hipossuficientes, contida no inciso VII do referido artigo. Nesse sentido, sugere-se que a hipossuficiência seja apurada não tão-somente mediante critérios financeiros/econômicos, mas sobretudo, por envolver interesses da sociedade, mediante preceitos jurídicos – existem casos em que a atuação da Defensoria Pública se faz legítima não por conta da hipossuficiência financeira/econômica, mas por conta da carência organizacional ou desinteresse individual sobre uma questão que atinja diretamente a sociedade (v. g.: ação coletiva objetivando cessar cobrança indevida de irrisória taxa de emissão de boleto bancário).

³³⁸ Merece destaque o julgamento da ADI nº 3943, ocorrido no dia 07 de maio de 2015, no qual o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública.

³³⁹ Um fato pode gerar pretensões para tutela de interesses diversos. Como exemplo, o derramamento de óleo em importante bacia hídrica pode afetar o meio ambiente (direito difuso), bem como um grupo de pessoas que sobrevive da pesca (direito individual homogêneo).

VII – verificar se o objeto da demanda se insere na sua área de atuação;

VIII – atentar para o “diálogo das fontes”³⁴⁰ existente entre os diversos diplomas legais que tratam da tutela coletiva.

Art. 35. Ao elaborar a petição inicial da ação coletiva³⁴¹, o defensor público deve atentar para os requisitos gerais³⁴² e especialmente:

I – para as regras de competência estabelecidas em lei³⁴³;

II – pela clareza na narração dos fatos e na colocação do pedido³⁴⁴;

III – pela correspondência entre os fatos narrados e o pedido;

IV – para a possibilidade de pedido de mandado liminar, medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela pretendida³⁴⁵;

V – mencionar as prerrogativas inerentes ao desempenho da função de defensor público, indicando os dispositivos legais em que previstas³⁴⁶;

VI – requerer a fixação de medidas coercitivas, visando ao cumprimento, pelo(s) requerido(s), de decisão interlocutória que defira pedido de mandado liminar, medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela pretendida³⁴⁷;

VII – inserir fundamentos sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas.

Art. 36. Durante a tramitação da ação coletiva, o defensor público deve acompanhar o desenvolvimento processual mediante consulta regular aos autos, independentemente de vista³⁴⁸.

Art. 37. No que se refere às provas, recomenda-se:

I – extrair e manter em arquivo toda a documentação que acompanha a petição inicial e as manifestações posteriores;

II – fundamentar a demanda, quando possível, com dados estatísticos³⁴⁹;

³⁴⁰ Expressão adotada para definir a aplicação simultânea e coordenada das fontes legislativas, e que pode ser utilizada também para conceituar o diálogo entre diplomas legais de índole processual.

³⁴¹ Ação coletiva e ação civil pública são nomenclaturas que se equivalem.

³⁴² Art. 282 do Código de Processo Civil.

³⁴³ Lei nº 7.347/85, Lei nº 8.069/90; Lei 8.078/90; Lei nº 10.741/03; demais leis que tratam de interesses coletivos.

³⁴⁴ Ao narrar os fatos, deve-se indicar com clareza a conduta do requerido.

³⁴⁵ Art. 12 da Lei nº 7.347/85; art. 273 do Código de Processo Civil; art. 84, § 3º da Lei nº 8.078/90.

³⁴⁶ *V.g.*: art. 128 da Lei Complementar Nacional nº 80/94; art. 74 da Lei Complementar Estadual nº 65/03.

³⁴⁷ Arts. 11 e 12, § 2º, da Lei nº 7.347/85; art. 84, § 4º, da Lei nº 8.078/90; art. 83, § 1º, da Lei nº 10.741/03; demais leis que tratam de interesses coletivos.

³⁴⁸ Ao manter-se informado, o Defensor Público antecipa situações que possam interferir na tramitação processual, velando pela sua regularidade e rápida solução do conflito.

³⁴⁹ Os dados estatísticos são imprescindíveis para demonstrar, por exemplo, deficiência de serviço público cuja implementação se busca com a ação coletiva.



III – velar pela indicação, sempre que possível, de assistente técnico para acompanhar a produção da prova pericial³⁵⁰;

IV – formular quesitos, sempre que possível, auxiliado pelo assistente técnico;

V – atentar para a dispensa de adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas³⁵¹.

Art. 38. No que se refere à sentença, recomenda-se:

I – cuidar para que expresse provimento jurisdicional consistente em tutela específica ou providências que assegurem o resultado prático equivalente;

II – assegurar que eventual condenação em dinheiro seja destinada ao fundo próprio;

III – promover a sua execução provisória ou definitiva, atentando para a possibilidade de cumprimento voluntário e para a necessidade de liquidação.

Art. 39. Atentar para o regime da coisa julgada nas ações coletivas³⁵².

§ 1º Cumpre destacar que a sentença coletiva faz coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I, do parágrafo único, do art. 81 do CDC,³⁵³

II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II, do parágrafo único, do art. 81 do CDC³⁵⁴;

III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III, do parágrafo único, do art. 81 do CDC³⁵⁵.

§ 2º Cumpre consignar que:

I – no caso de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, os efeitos da coisa julgada não prejudicaram interesses individuais dos integrantes da coletividade, grupo, categoria ou classe;

II – no caso de interesses individuais homogêneos, julgado improcedente o pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

³⁵⁰ Em razão da inexistência de corpo técnico no âmbito da DPMG, sugere-se a busca de assistente técnico junto às organizações sociais e entidades (ong's, associações, etc.) que tenham pertinência com o objeto da demanda.

³⁵¹ Art. 87, da Lei nº 8.078/90.

³⁵² Art. 103, da Lei nº 8.078/90.

³⁵³ Interesses difusos.

³⁵⁴ Interesses coletivos *stricto sensu*.

³⁵⁵ Interesses individuais homogêneos.

Art. 40. Sobre a liquidação da sentença coletiva:

- I** – consiste em atividade judicial cognitiva, objetivando complementar o título judicial³⁵⁶;
- II** – pode dar-se como fase do processo ou em ação autônoma³⁵⁷;
- III** – são legitimados para pleiteá-la a vítima ou seus sucessores³⁵⁸, como também os legitimados para a propositura da ação coletiva³⁵⁹;
- IV** – quando a apuração do *quantum debeat* depender de cálculo aritmético, o próprio credor pode apresentar memória de cálculo discriminada e atualizada;
- V** – quando a apuração do *quantum debeat* depender da produção de prova pericial, far-se-á a liquidação por arbitramento;
- VI** – quando a apuração do *quantum debeat* demandar a produção de prova sobre fato novo, far-se-á a liquidação por artigos;
- VII** – a liquidação individual objetiva definir o *quantum debeat* e o *cuidebeat* (para quem é devido);
- VIII** – a liquidação coletiva objetiva definir o *quantum debeat* a ser destinado ao fundo próprio³⁶⁰;
- IX** – havendo concomitância entre liquidação individual e coletiva, a primeira tem preferência no pagamento³⁶¹;

Art. 41. Sobre a execução da sentença proferida em ação coletiva:

- I** – a aplicação subsidiária do CPC no processo coletivo deve acontecer levando-se em consideração os princípios próprios da execução coletiva, visto que tais dispositivos foram idealizados para instrumentalizar pretensões individuais;³⁶²
- II** – as indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do evento danoso terão preferência no pagamento;³⁶³
- III** – é possível a reparação fluida ou *fluidrecovery*³⁶⁴;

³⁵⁶ Enquanto a sentença coletiva atribui responsabilidade pelo dano causado (andebeat = quem deve), na fase/processo autônomo de liquidação, apura-se a extensão do dano/individualização do objeto (quantum debeat = quanto deve) e a condição de titular do direito (cuidebeat = para quem deve).

³⁵⁷ A liquidação de sentença proferida em ação que verse sobre interesse individual homogêneo se dá em processo autônomo.

³⁵⁸ Art. 97, da Lei nº 8.078/90.

³⁵⁹ Arts. 82 e 100, da Lei nº 8.078/90.

³⁶⁰ Art. 13, da Lei nº 7.347/85.

³⁶¹ Em se tratando de interesse individual homogêneo – art. 99, da Lei nº 8.078/90.

³⁶² Cumpre consignar que a execução de sentença que atribua obrigação de fazer/não fazer obedece ao comando do artigo 461 do Código de Processo Civil; a sentença que atribua obrigação de dar coisa obedece ao comando do artigo 461-A do mesmo código; a sentença que pecuniária segue as disposições do cumprimento de sentença (artigo 475-I e ss., do Código de Processo Civil)

³⁶³ Em se tratando de interesse individual homogêneo – art. 99, da Lei nº 8.078/90.

³⁶⁴ Art. 100, da Lei nº 8.078/90.



IV – a execução coletiva pode ser promovida por qualquer legitimado coletivo, independentemente de ter sido autor da ação coletiva de conhecimento;³⁶⁵

V – é possível que a sentença proferida em processo em que se discutem interesses difusos ou coletivos *stricto sensu* seja utilizada individualmente.³⁶⁶

³⁶⁵ Art. 15, da Lei nº 7.347/85.

³⁶⁶ Cf. DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. Curso de direito processual. *Processo coletivo*. Vol. 4. Salvador: JusPodium, 2009, p. 381.



Parte Segunda: LIVRO II – DA ATUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

4.1

TÍTULO ÚNICO DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EM DIREITOS HUMANOS, COLETIVOS E SOCIOAMBIENTAIS ³⁶⁷

CAPÍTULO I DAS REMOÇÕES FORÇADAS

SEÇÃO I DAS OBRAS PÚBLICAS

Art. 42. O defensor público, ao tomar conhecimento de realização de obras públicas ou intervenções urbanas que impliquem em remoções de assentamentos irregulares, aqui compreendidos por imóveis destituídos do competente registro público quer estejam localizados em áreas consideradas favelas ou ZEIS³⁶⁸ ou não, deverá adotar as seguintes providências:

I – abrir, mediante Portaria, processo administrativo para organizar as atas de reuniões, ofícios e termos de depoimento;

II – realizar atendimento para oitiva dos moradores afetados pela remoção com a anotação das principais reivindicações;

III – requisitar informações, mediante ofício, ao órgão público responsável pela obra, geralmente, a Secretaria de Governo Municipal ou Secretária de Obras Públicas requerendo, entre outros:

a) cópia do projeto e plano de obras;

b) informação clara e precisa das áreas que serão objeto de remoção;

c) cópia dos procedimentos administrativos, cadastro e planilha de selagem dos moradores e ocupantes a serem removidos;

d) informação sobre o lote, quadra, dados de registro dos imóveis objetos de remoção;

e) informação sobre o conceito de família a ser utilizado para o cadastro social e pagamento de indenização e política de reassentamento ³⁶⁹;

³⁶⁷ Sem prejuízo das orientações já constantes no roteiro prático de atuação na tutela coletiva, considerando as limitações impostas pelo cronograma estabelecido pela Corregedoria Geral e, diante da possibilidade de superposição de orientações, optou-se por restringir o roteiro prático de atuação ao tema das remoções forçadas.

³⁶⁸ Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) são áreas demarcadas no território de uma cidade, para assentamentos habitacionais de população de baixa renda. Devem estar previstas no Plano Diretor e demarcadas na Lei de Zoneamento. Podem ser áreas já ocupadas por assentamentos precários, e podem também ser demarcadas sobre terrenos vazios. Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001) (art. 4º, inc. V, alínea “f”).

³⁶⁹ Nos termos da Portaria 317/2013 do Ministério das Cidades: “Família: grupo de pessoas que se acham unidas por laços consanguíneos, afetivos ou de solidariedade e vivem sob o mesmo teto, compartilhando ganhos e despesas. Famílias afetadas: famílias que tenham entre seus integrantes proprietários, arrendatários, possuidor, inquilinos, cessionários do imóvel, total ou parcialmente, atingido pela intervenção”.

f) informações sobre os critérios socioeconômicos e as formas de prévia indenização ou reassentamento antes da remoção;

g) informação sobre a finalidade e justificativa da remoção³⁷⁰;

h) informação sobre o endereço das moradias destinadas a eventual reassentamento e a característica das unidades habitacionais oferecidas³⁷¹;

i) informação sobre a origem dos recursos e realização de obras de regularização fundiária no local;

j) informação sobre o critério de indenização utilizado para as famílias que não desejam ser reassentadas;

k) informação sobre política de assistência social (reassentamento) ao morador de aluguel e ao comerciante³⁷²;

IV – realizar visita à comunidade com registro fotográfico;

V – convocar audiência pública ou, na sua impossibilidade por ausência de estrutura, aconselhar os moradores a se organizarem em comissão e requerem a realização de audiência pública na Câmara dos Vereadores;

VI – realizar reunião entre a Defensoria Pública, representante dos moradores e Secretário Municipal responsável pela obra apresentando a pauta de reivindicações dos moradores e requisições destes e da Defensoria Pública a respeito para aprimoramento da política de reassentamento e desapropriações (remoções).

Art. 43. O defensor público deve garantir o direito de acesso às informações da comunidade em relação às obras, proposta de reassentamento e à indenização.

Art. 44. O defensor público deve prestar assistência aos atingidos durante as negociações individuais.

Art. 45. O defensor público deve diligenciar para que a indenização seja a mais abrangente possível, incluindo, se for o caso, a indenização pela perda da posse³⁷³ do conteúdo

³⁷⁰ Ver Portaria do Ministério das Cidades nº 317, de 18 de julho de 2013 – Dispõe sobre medidas e procedimentos a serem adotados nos casos de deslocamentos involuntários de famílias de seu local de moradia ou de exercício de suas atividades econômicas, provocados pela execução de programa e ações, sob gestão do Ministério das Cidades, inseridos no Programa de Aceleração do Crescimento.

³⁷¹ Ver Portaria do Ministério das Cidades nº 595, de 18 de dezembro de 2013 – Dispõe sobre os parâmetros de priorização e sobre o processo de seleção dos beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV.

³⁷² Alteração compulsória do local exercício de atividades econômicas, processo de realocação física por meio de reposição do imóvel afetado por unidade comercial construída especificamente para esse fim ou adquirida no mercado, que são adjudicadas, de acordo com as características da intervenção, de forma onerosa ou sem custo para a família reassentada. (Portaria 317/2013 do Ministério das Cidades).

³⁷³ Sobre a desapropriação da posse em áreas públicas com a respectiva indenização justa e prévia ao possuidor, ver voto lançado pelo Min. Luiz Fux (STJ – Recurso Especial nº 769.731 – PR): “Assim, a desapropriação atinge bens e direitos, mobiliários e imobiliários, corpóreos e incorpóreos, desde que sejam passíveis de apossamento e comercialidade, tenham valor econômico ou patrimonial e interessem à consecução dos fins do Estado.” Ainda: “Terreno de Marinha – Ocupação desde longos anos por particular – Valor indenizável”. Embora o domínio do terreno de marinha seja inalienável, o direito de ocupação, por particular, é indenizável.” “Terrenos de Marinha. Somente pela via da desapropriação podem os ocupantes de terrenos de marinha ser despojados de seus direitos, inclusive benfeitorias”. (nota 17: TASP, 1ª Câmara Cível, AP nº 178.222, 27.06.1972, Rel. Assis Moura, RT, Vol. 443, p. 230; e TFR Seção Plena Ac. 9724.27.07.1963. Rel. Cândido Lobo. RDA, nº 79, p. 212.)



econômico de eventual direito da concessão de uso especial para fins de moradia – CUEM³⁷⁴ ou do direito à legitimação de posse por meio da regularização fundiária, se o terreno for público³⁷⁵.

§ 1º Caso o defensor público verifique a existência de qualquer dos direitos subjetivos acima, deverá formular os requerimentos administrativos pertinentes ao reconhecimento do direito, ou, se entender viável, obtê-los pela via judicial.

§ 2º O não reconhecimento administrativo dos direitos acima, não impede a reivindicação da indenização pela posse.

Art. 46. Quando a área objeto da remoção for um imóvel de propriedade privada, o defensor público poderá intervir em eventual ação de desapropriação movida pelo ente público seja na qualidade de assistente ou de intervenção de terceiro (oposição) reivindicando em favor dos ocupantes (moradores) o direito de receber o valor da indenização na qualidade de possuidores em detrimento do proprietário, em especial, se a posse dos assistidos já existe a tempo suficiente de configuração da usucapião.

Parágrafo único. Sugere-se a reivindicação da indenização da posse sem prejuízo do ajuizamento da ação de usucapião e da suspensão do processo de desapropriação, nos termos do artigo 34 do Decreto-Lei 3465/79, tendo em vista as dificuldades da instrução da ação de usucapião após a imissão da posse pelo desapropriante.

SEÇÃO II DAS ÁREAS DE RISCO

Art. 47. Caso o defensor público receba a notícia de remoções em assentamentos irregulares, de áreas favelizadas ou não, em virtude do alegado risco geológico, poderá adotar as seguintes providências:

I – abrir, mediante Portaria, processo administrativo para organizar as atas de reuniões, ofícios e termos de depoimento;

II – verificar se no Município existe Conselho Municipal de Habitação ou Secretária de Habitação e solicitar informações a respeito da legislação sobre fiscalização e remoções em áreas de risco e políticas sociais para os moradores provenientes destas áreas;

III – diligenciar para que a legislação municipal seja respeitada no que diz respeito aos critérios de aferição do risco, mecanismos de superação do risco e política de reassentamento;

IV – requisitar cópias dos laudos de avaliação dos riscos e diligenciar para abertura de procedimento administrativo no âmbito do Município para cada remoção em virtude do risco;

³⁷⁴ Medida Provisória 2.220/2001. Art. 1º: Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

³⁷⁵ Ver Lei 11.977/2009 – Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

V – diligenciar para que o Município cumpra as determinações da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, estabelecida pela Lei Federal 12.608/2012 e em especial quanto à exigência de que a remoção somente deve ser realizada quando necessária, devendo o Poder Público primeiramente adotar providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança.

SEÇÃO III DO CONFLITO POSSESSÓRIO

Art. 48. O defensor público deverá atuar em demandas possessórias em que figure grande número de pessoas em situação de hipossuficiência³⁷⁶.

Art. 49. Nas ações possessórias em curso, apresentar resposta e interpor eventual recurso em favor dos réus, identificados ou não, zelando para que haja a citação pessoal da maioria deles e, caso necessário, a citação por edital dos réus incertos, devendo a curadoria recair sobre a Defensoria Pública³⁷⁷.

§ 1º O defensor público deverá se manifestar no processo possessório em que figure grande número de pessoas em situação de hipossuficiência, independente da citação por edital e mesmo que os réus identificados tenham procurador constituído, em função da prerrogativa do §2º do artigo 565 do CPC/2015 que criou a figura da intervenção do defensor público no processo na qualidade de *custos plebis*.

§ 2º A previsão do §2º do artigo 565 do CPC/2015 não se confunde com a atuação de representante dos réus e de curador processual, podendo, em tese, a manifestação como representante dos réus, curador processual e *custos plebis* recair sobre o mesmo defensor, na ausência de conflito, ou sobre defensores distintos³⁷⁸.

Art. 50. O defensor público deverá diligenciar para localizar os líderes comunitários e representantes de movimentos sociais envolvidos no conflito para realizar reuniões e visitas à área objeto do conflito³⁷⁹.

Art. 51. O defensor público poderá abrir processo administrativo e solicitar informações que não existam no processo judicial a respeito da área em conflito como dívidas de IPTU, existência de Decreto de Desapropriação, notificação do Município para edificação compulsória e avaliar se o mesmo cumpre sua função social com base na lei de uso e parcelamento do solo urbano e plano diretor do Município, além da falta de destinação do imóvel ocupado.

³⁷⁶ Art. 554, §1º do CPC/2015.

³⁷⁷ Não aguardar a citação por edital para interpor recurso de agravo de instrumento.

³⁷⁸ Entendimento da Comissão Especial do Direito Social à Moradia e Questões Fundiárias do Condege.

³⁷⁹ É importante que o defensor faça a visita de forma agendada e aguardada pela comunidade, evitando comparecer sem prévio aviso.



Art. 52. Aconselhar os líderes comunitários e representantes dos movimentos sociais a solicitar na Câmara dos Vereadores audiência pública para averiguar a eventual ausência de política pública habitacional e *déficit* habitacional quantitativo, caso não seja possível o próprio defensor público convocar a audiência pública.

Parágrafo único. O defensor público deverá participar da audiência pública relatando as teses de defesa e o andamento do processo judicial e a necessidade de solução pacífica do conflito.

Art. 53. Avaliar a possibilidade de realizar reunião na sede da Defensoria Pública para tentativa de solução administrativa para o conflito ou solicitar a realização de audiência de conciliação antes de eventual cumprimento do mandado de reintegração de posse.

Parágrafo único. Recomenda-se, ainda, que o Defensor Público observe a possibilidade de assunção do conflito pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania para Demandas Territoriais, Urbanas e Rurais, e de Grande Repercussão Social – CEJUS SOCIAL, nos termos da Portaria Conjunta TJMG nº 420/PR/2015.

Art. 54. Diligenciar para que as medidas de reintegração de posse sejam precedidas do atendimento ao disposto Decreto Estadual 13604/2000 e do Decreto Estadual com numeração especial 203, de 01/07/2015 que institui a Mesa Permanente de Negociação de Conflitos Fundiários Urbanos e Rurais no Estado de Minas Gerais.

Art. 55. Solicitar ao Município o prévio cadastramento socioeconômico das famílias moradoras da área objeto do conflito para posterior encaminhamento às respectivas políticas públicas habitacionais.

Art. 56. Caso não seja encontrada uma solução pacífica para o conflito e, cumprido o mandado de reintegração de posse, diligenciar para que a comunidade seja avisada com antecedência e para que o mandado seja cumprido nos dias e horários de expediente forense.

SEÇÃO IV DAS MORADIAS CONSTRUÍDAS EM ÁREAS PÚBLICAS

Art. 57. Ao tomar ciência de procedimentos administrativos ou judiciais visando a remoção e demolição de residências localizadas em áreas públicas deverá o defensor público avaliar se os moradores possuem o direito subjetivo à regularização por meio da concessão de uso especial para fins de moradia – CUEM³⁸⁰, legitimação de posse³⁸¹, concessão de direito real

³⁸⁰ Medida Provisória 2.220/2001.

³⁸¹ Ver Lei 11.977/2009 – Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

de uso³⁸² ou outros institutos equivalentes.

Art. 58. Caso não seja possível a regularização na forma do artigo anterior, deverá o defensor público pleitear o encaminhamento dos moradores às políticas públicas habitacionais do Município.

SEÇÃO V DAS MORADIRAS EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Art. 59. Ao tomar ciência de procedimentos administrativos ou judiciais visando a remoção e demolição de residências localizadas em áreas de preservação permanente deverá o defensor público avaliar, nos termos da Lei Federal 11.977/2009, a possibilidade de se promover a regularização fundiária em áreas de preservação permanente, assim definidas na Lei Federal nº 4.771/65 – Código Florestal.

Parágrafo único. Deverá, ainda, o defensor público avaliar se a construção na alegada área de preservação permanente já se encontrava consolidada antes da vigência da Lei Estadual n. 14.309/2002, uma vez que, nessa hipótese, a demolição das construções é vedada³⁸³.

Art. 60. Caso não seja possível a obtenção das referidas regularizações, por não preenchimento dos requisitos, observar o disposto no art.58.

³⁸² A Concessão de Direito Real de Uso é um instituto previsto no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, mais especificamente em seu art. 7º, devidamente modificado pela Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007, que dispõe: "Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas." (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007).

³⁸³ A competência legislativa da União sobre matéria de proteção ambiental limita-se à edição de normas gerais, enquanto os Estados e Distrito Federal estão autorizados a legislar, concorrentemente sobre os aspectos específicos da matéria, suplementando a legislação federal. Dessa forma, o artigo 11 da lei Estadual 14.309/2002 veicula com clareza que a ocupação antrópica consolidada anterior à 2002 deve ser respeitada. Neste sentido são os julgados do TJMG: Apelação Cível 1.0702.06.297652-8/001, Apelação Cível 1.0105.08.264265-0/001, Apelação Cível 1.0481.08.082513-8/001, Apelação Cível 1.0702.03.069005-2/004, Ap Cível/Reex Necessário AC 10223092852522001.



Parte Segunda: LIVRO III – DA ATUAÇÃO EM DIREITO SANITÁRIO

5.1

TÍTULO ÚNICO DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EM DIREITO À SAÚDE

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 61. A atuação do defensor público na área de saúde pública visa a dar efetividade ao direito à saúde, seja no exercício de sua missão constitucional de assistência ao necessitado, seja na atuação voltada para a melhoria do Sistema Único de Saúde, de modo a fomentar o debate interinstitucional, finalizar a execução dessas políticas públicas e promover a participação do usuário na tomada de decisão em saúde.

Art. 62. O defensor público, sempre voltado à solução extrajudicial dos casos, deverá buscar:

I – formalizar e/ou ampliar Termos de Cooperação Técnica, como meio de qualificar e facilitar as soluções extrajudiciais das demandas ligadas à área de saúde pública;

II – contatos pessoais com os gestores da saúde pública em sua Comarca de atuação, com a finalidade de facilitar a solução das demandas de saúde pública;

III – utilizar-se de suas prerrogativas legais no intuito de dar efetividade às suas atribuições extrajudiciais, quanto ao que toca ao bom funcionamento do SUS local;

IV – participar de reuniões e eventos relacionados ao Sistema Único de Saúde, com o objetivo de buscar qualificação e partilhar com os profissionais da área de saúde os pontos mais sensíveis identificados pela Defensoria Pública.

CAPÍTULO II DO ATENDIMENTO AO PÚBLICO E DAS MEDIDAS EXTRAJUDICIAIS

Art. 63. O defensor público deverá sempre examinar a viabilidade de solução extrajudicial.

Art. 64. Nas hipóteses de internação em CTI, disponibilização de leito apropriado para promoção de cirurgia especializada que exija ou não consulta prévia com especialista, e qualquer outra situação congênere que exija internação em leito qualificado, é recomendável, antes da propositura da ação judicial, promover contatos com os gestores de saúde pública

da localidade (Central de Internação Local), e com os responsáveis pelo sistema SUSFÁCIL (Sistema de Gerência de Vagas do Estado de Minas Gerais), com o intuito de solucionar administrativamente a questão.

Parágrafo único. Na tentativa de solução administrativa dos casos elencados no *caput*, é recomendável que o defensor público forneça, caso disponível, o número da AIH (Autorização de Internação Hospitalar), o nome completo do assistido, a data de nascimento, além de outros eventuais dados pessoais solicitados.

Art. 65. Quando identificada a inviabilidade de solução extrajudicial, o defensor público direcionará seu atendimento no sentido de qualificar a postulação judicial que se fizer necessária.

Art. 66. São indicativos da inviabilidade da solução extrajudicial:

I – pedido de fornecimento de medicamento, dieta, insumo de saúde e congêneres, não padronizados pelo Ministério da Saúde, ou pela gestão local do SUS;

II – pleito cuja natureza já tiver sido negado, reiteradas vezes, pela gestão do SUS local.

Art. 67. No atendimento ao assistido, o defensor público analisará a documentação apresentada, a fim de apurar se houve atendimento parcial do pleito pelo SUS, além da real necessidade do assistido.

Art. 68. O defensor público deverá fazer uso de requisições administrativas dirigidas aos entes gestores do SUS, para que informem se a pretensão do assistido pode ser solucionada extrajudicialmente, ou, quando se fizer necessário, para formalizar a negativa de atendimento à pretensão do assistido.

CAPÍTULO III DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Art. 69. Na hipótese de baixa probabilidade jurídica de sucesso da demanda, recomenda-se ao defensor público que elabore termo de ciência, com assinatura do assistido, e o arquite na pasta deste último.

Art. 70. Verificada a necessidade de judicialização da demanda, produzir elementos de prova que atestem a precisa indicação técnica do atendimento que será pleiteado e a inexistência de atendimento ofertado administrativamente pelo SUS.

Art. 71. O polo passivo das petições iniciais deve ser integrado, em regra, pelo Estado de Minas Gerais e pelo Município da localidade de domicílio do assistido, com fundamento no princípio da solidariedade dos entes federativos pelo funcionamento do referido sistema³⁸⁴.

³⁸⁴ STF, Suspensão de Tutela Antecipada 175.



Parágrafo único. Quando se mostrar claramente definida a qual ente político pertence a competência administrativa para prestação do atendimento que se pleiteia, ou quando se mostrar estrategicamente interessante, o defensor público poderá optar pela indicação de apenas um dos entes políticos no polo passivo da demanda.

Art. 72. Recomenda-se solicitar relatório médico elaborado em forma de questionário, direcionado a profissional vinculado ao SUS, ou, em não sendo possível, ao profissional de saúde que acompanha o assistido.

Parágrafo único. Alertar o assistido a respeito do risco da demanda na hipótese de o relatório médico ser preenchido por médico não vinculado ao SUS.

Art. 73. O relatório médico referido no artigo anterior deverá contemplar:

- I** – ampla exposição técnica do quadro de saúde vivenciado pelo assistido;
- II** – a inexistência de atendimento gratuitamente disponibilizado pelo SUS que contemple satisfatoriamente a necessidade do assistido;
- III** – elementos indicativos da correta prescrição;
- IV** – a quantificação (posologia) precisa do medicamento, insumo ou tratamento indicados;
- V** – a urgência, com a indicação do risco a que se submete o assistido pela não utilização da medicação/insumo ou realização do tratamento prescrito.

Art. 74. Nas ações de internação compulsória, de que trata a Lei 10.216/01, é imprescindível, em razão do caráter excepcional da medida de internação, a apresentação de laudo médico circunstanciado, que caracterize os motivos da necessidade de internação³⁸⁵.

§ 1º Deve constar no laudo médico, além de outros dados relevantes, a indicação de ineficácia ou ineficiência de tratamento ou recursos extra-hospitalares ou ambulatoriais³⁸⁶.

§ 2º Sugere-se ao defensor público que, além de providenciar laudo médico circunstanciado, diligencie junto ao CAPS (Centro de Assistência Psicossocial) local o atendimento do assistido e a elaboração de relatório psicossocial, de modo a qualificar o conjunto probatório da petição inicial³⁸⁷.

Art. 75. O relatório médico deverá ser preparado pelo defensor público, observadas as peculiaridades do caso concreto, com perguntas e respectivos campos para exposição das respostas emitidas pelos profissionais de saúde, dentre os quais:

- I** – identificação e breve qualificação do assistido;
- II** – campo para identificação da doença e respectivo CID;
- III** – campo para identificação de eventuais outras doenças que acometem o paciente;

³⁸⁵ Art. 6º, caput, da Lei 10.216/01; STJ – HC 169.172/SP, TJMG – Agravo de Instrumento nº 1.0686.14.011811-4/001

³⁸⁶ Art. 4º, caput, da Lei 10.216/01; TJMG – Agravo de Instrumento nº 1.0056.12.006230-4/001; Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0026.13.002068-3/002; Agravo de Instrumento nº 1.0520.13.003649-1/001.

³⁸⁷ STJ – Agravo em Recurso Especial n.º 625.058/RS; TJMG – Agravo de Instrumento nº 1.0521.13.005860-0/001.

IV – campo para identificação do insumo, tratamento, exame, medicamento, consulta, cirurgia ou procedimento prescritos;

V – campo para informação sobre em que consiste a doença;

VI – campo para descrição do histórico do paciente e a evolução da doença referida;

VII – campo para informação sobre as medidas médicas já tentadas sem sucesso;

VIII – campo para informação sobre o princípio ativo ou do nome científico do medicamento/insumo/exame/cirurgia ou aparelho solicitado;

IX – campo para informação a respeito da finalidade do medicamento/insumo/exame/cirurgia ou aparelho prescrito;

X – campos para identificação dos medicamentos / insumos disponibilizados pelo SUS que, em tese, poderiam satisfazer à necessidade do assistido, seguido de espaço destinado à apresentação de justificativa que indique a impossibilidade de sua utilização;

XI – campo para indicação da atuação ou não do profissional de saúde junto ao SUS e do atendimento do interessado no âmbito do SUS;

XII – campo para elucidação posologia detalhada, com indicação da quantidade, concentração/dosagem e da periodicidade do tratamento;

XIII – campo para descrição dos riscos e conseqüências existentes e prováveis em razão da não adoção da medica médica prescrita.

Art. 76. O defensor público deverá instruir a inicial com os seguintes documentos:

I – cópia dos documentos pessoais do assistido e, se for o caso, se seu tutor ou curador, tais como C.P.F., R.G., comprovante de residência e comprovante de renda;

II – declaração de hipossuficiência;

III – relatório(s) médico(s);

IV – orçamento da medicação/insumo/exame/cirurgia/aparelho, relevante para definir a competência do juízo;

V – negativa administrativa de atendimento ou, ao menos, cópia da requisição administrativa protocolizada.

Art. 77. Sugere-se ao defensor público organizar a petição inicial por tópicos, com a finalidade de se obter uma melhor sistematização e organização das informações, conforme se segue:

I – o procedimento adotado;

II – relato dos fatos, contendo:

a) histórico e quadro clínico da parte autora;

b) medidas médicas frustradas e imprescindibilidade do procedimento/medicamento/insumo prescrito;

c) impossibilidade de substituição do procedimento/medicamento/insumo prescrito;

d) riscos à parte autora (no caso de não receber procedimento/medicamento/insumo pleiteado);



e) negativas administrativas;

f) condição financeira da parte autora.

III – fundamentos jurídicos que entender pertinentes, tais como:

a) direito fundamental a uma vida digna e saudável;

b) garantia do mínimo existencial;

c) impossibilidade de condicionar o fornecimento do medicamento/insumo à apresentação de receita médica mensal;

d) elementos indicativos da necessidade de antecipação dos efeitos da tutela, tais como ineficácia do provimento final e relevância dos fundamentos da demanda.

IV – pedidos e requerimentos;

V – valor da causa.

Art. 78. Frente à natureza da pretensão das ações de saúde, sugere-se ao defensor público a inclusão na petição inicial de pedido de concessão de antecipação dos efeitos da tutela.

Art. 79. Na hipótese de descumprimento da decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, o defensor público deverá adotar as medidas necessária à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente, nos termos do art. 461, § 5º do CPC.

§ 1º É viável o pedido de bloqueio de verbas públicas para garantir o cumprimento da decisão judicial, que pode até ser determinado de ofício pelo julgador³⁸⁸.

§ 2º O bloqueio tem como requisitos a comprovação de que o Estado descumpriu a decisão judicial e o risco à saúde e/ou à vida do demandante em razão da demora no cumprimento da decisão.

§ 3º Realizado o bloqueio e entregue o valor ao assistido para aquisição do medicamento ou custeio do procedimento médico, deverá ser comprovado nos autos a utilização do valor na compra do medicamento ou no custeio do procedimento médico.

Art. 80. No curso da demanda e até mesmo em sede de execução é possível alterar o medicamento pleiteado, desde que a alteração seja consequência natural do tratamento e tenha por finalidade o tratamento da mesma moléstia que deu origem à propositura a causa³⁸⁹.

§ 1º Não é necessária uma nova demanda a cada alteração da prescrição médica, seja em relação à quantidade ou até mesmo ao tipo de medicamento.

§ 2º A referida alteração não implica em:

I – ampliação objetiva da demanda, de modo que não há violação do art. 264 do CPC;

II – realização de pedido incerto, de modo que não há violação do art. 286 do CPC;

³⁸⁸ REsp 1.069.810/RS julgado sob o rito do art. 543-C do CPC – Dje de 06/11/2003.

³⁸⁹ Julgados de referência: AgRg no REsp 1222387 do RS; AgRg no Ag 1352744 do RS; REsp 1062960 do RS; REsp 735477 do RJ; REsp 749511 do RJ; Recurso Especial nº 1.298.477 no Recurso Especial nº 735477.

III – julgamento *extra petita*, de modo que não há violação do art. 460 do CPC.

Art. 81. Caso ocorra o descumprimento da obrigação por parte do ente estatal, estando os autos principais em segunda instância para fins de julgamento de apelação ou reexame necessário, deverá o defensor público de primeira instância entrar em contato com o defensor público de segunda instância para que este providencie a cópia integral dos autos e se ingresse com a execução provisória em primeiro grau de jurisdição.

Parágrafo único. Tal medida se faz necessária em razão de o tribunal mineiro já ter se pronunciado diversas vezes que as medidas para cumprimento da obrigação são de competência do juízo sentenciante e não do tribunal.

Art. 82. Nas demandas de internação compulsória, não é necessário cumular o pedido com interdição.

Parágrafo único. O interditando deve ser incluído no polo passivo, a fim de que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa.



Parte Segunda: LIVRO IV – DA ATUAÇÃO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

6.1

TÍTULO ÚNICO DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EM DEFESA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA – NUDEM

CAPÍTULO I DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Art. 83. A atuação extrajudicial do NUDEM privilegia uma prática em rede, ressaltando-se a:

- I** – integração;
- II** – horizontalidade;
- III** – comunicação.

§ 1º O trabalho em rede congrega inúmeros órgãos, instituições e/ou entidades que, convergindo em objetivos, buscam compartilhar práticas e procedimentos, construindo vínculos que revelam a interdependência de suas atividades.

§ 2º Assegurada a igualdade entre os órgãos, instituições e/ou entidades, afasta-se a hierarquia em prol da complementaridade necessária à excelência na execução de seus trabalhos.

§ 3º As atividades realizadas são comunicadas aos demais, promovendo-se a interação necessária e criando-se um acervo atualizado de informações, sendo conhecidas as medidas promovidas bem como as dificuldades enfrentadas por determinado órgão, instituição e/ou entidade. Nesse último caso, propicia-se que as reivindicações sejam compartilhadas por todos, no interesse da rede, e não apenas como objetivo de uma instituição isolada.

Art. 84. Recomenda-se que o defensor público, tão logo possível, realize diagnóstico do funcionamento da rede de atendimento à mulher de sua localidade, verificando a existência de órgãos, instituições e/ou entidades incumbidas do atendimento e combate à violência cometida contra a mulher.

§ 1º O diagnóstico referido no *caput* deve:

- I** – identificar os futuros parceiros da rede de atendimento;
- II** – constatar a ausência de órgãos, instituições e/ou entidades cujos serviços prestados sejam imprescindíveis;
- III** – veicular aos poderes competentes pedidos para a(s) efetiva(s) instalação(ões) de tais órgãos, instituições e/ou entidades faltantes.

§ 2º São exemplos de órgãos envolvidos no trabalho com a mulher em situação de violência doméstica:

I – DEAM: Delegacia de Atendimento à Mulher. Trata-se de unidade especializada da Polícia Civil que atende as mulheres em situação de violência;

II – CRAS: Centro de Referência em Assistência Social. Trata-se de unidade pública estatal descentralizada da política de assistência social, responsável pela organização e oferta dos serviços socioassistenciais da Proteção Social Básica do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) nas áreas de vulnerabilidade e risco social dos municípios. Oferecem serviços de atendimento e fortalecimento de vínculos comunitários e familiares, por intermédio de seus programas;

III – CREAS: Centro de Referência Especializado em Assistência Social. Trata-se de unidade pública estatal de abrangência municipal ou regional que se constitui em locus de referência nos territórios da oferta de trabalho social especializado no SUAS a famílias e indivíduos em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos. Nas localidades em que exista CREAS, esse será o responsável pelo atendimento à mulher em situação de violência doméstica e/ou familiar;

IV – Coordenadorias Municipais da Mulher. Tratam-se de cargos voltados ao assessoramento do chefe do Poder Executivo Municipal, articulando e apoiando as políticas públicas de interesse das mulheres;

V – Centros de Prevenção à Criminalidade da SEDS/MG. Tratam-se de equipamentos públicos onde são desenvolvidos os programas de prevenção à criminalidade, notadamente o programa Mediação de Conflitos, que recebe e encaminha inúmeras vítimas de violência doméstica e/ou familiar aos órgãos competentes;

VI – PVD: Patrulha de Prevenção à Violência Doméstica. Tratam-se de equipes especializadas da Polícia Militar que atendem as mulheres vítimas de violência doméstica e/ou familiar, prestando um serviço de “segunda resposta”. Policiais militares capacitados no programa realizam a triagem dos boletins de ocorrência de violência doméstica e/ou familiar contra a mulher da localidade e, sem prévio aviso ou pedido, comparecem ao endereço apontado no REDS avaliado. Buscam informações sobre a perpetuação ou a cessação da violência, informando direitos e realizando os encaminhamentos a órgãos, instituições e/ou entidades componentes da Rede, se necessário for;

VII – Promotorias Especializadas no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a mulher;

VIII – Varas Especializadas nos Crimes de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

Art. 85. Após a realização do diagnóstico aludido no artigo anterior, deverá o defensor público, na forma do disposto no art. 8º, I e IV da Lei 11.340/06³⁹⁰, promover a articulação

³⁹⁰ Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I – a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

[...]

IV – a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;



entre os diferentes órgãos, instituições e/ou entidades que atuam na rede de atendimento, mediante a criação na comarca de um fórum de discussão, com reuniões mensais.

Parágrafo único. Sugere-se o envio de convite a todos os órgãos, instituições e/ou entidades que possam contribuir para o combate e erradicação da violência contra a mulher, sendo designado local, data e horário para a reunião mencionada no *caput*.

Art. 86. Na primeira reunião, sugere-se a eleição de:

I – um coordenador: responsável por agendar as reuniões, enviar os convites e coordenar as discussões;

II – um secretário: responsável pelo registro das atas das reuniões, elaboração de ofícios, convites ou outros documentos necessários bem com o seu respectivo arquivamento;

III – um diretor de eventos: responsável por organizar as capacitações e demais eventos no mês da mulher e outras datas comemorativas.

Parágrafo único. Em acordo com a quantidade de componentes da Rede será possível também definir comissões temáticas a fim de que a articulação alcance um maior número de temas.

Art. 87. Por intermédio do fórum, a rede de enfrentamento à violência contra a mulher iniciará as discussões acerca das dificuldades existentes na localidade, seja pela inexistência de determinados órgãos, instituições e/ou entidades, seja pela falta de estrutura adequada ao seu funcionamento.

Parágrafo único. As discussões propiciarão reivindicações formais por meio de ofícios/ documentos elaborados e assinados por todos os representantes da rede.

Art. 88. Identificados os entraves, as discussões passarão a se desenvolver no sentido de solucioná-los.

Parágrafo único. A par das especificidades próprias de cada local, sugere-se o estreitamento das relações com os órgãos, instituições e/ou entidades participantes da rede a fim de que sejam estipuladas parcerias, dentre as quais:

I – CRAS e CREAS: até a formação de quadro próprio de profissionais dedicados à psicologia e serviço social, recomenda-se ao defensor público a discussão regular de casos com tais órgãos, sendo adotadas medidas atuais e eficazes, tais como:

a) encaminhamento ao CREAS da assistida que deseja desistir das providências jurídicas, possibilitando sua maior reflexão junto a profissionais habilitados, reduzindo o risco da revitimização;

b) solicitação de relatórios de atendimento das mulheres assistidas pelo CRAS/CREAS para eventual juntada aos autos de medidas protetivas;

c) contato imediato de casos avaliados como urgentes pelo CRAS/CREAS, para a adoção das medidas jurídicas necessárias pelo NUDEM;

d) comunicação da descontinuidade/desinteresse da assistida pelo atendimento psicossocial do CRAS/CREAS ao NUDEM, a fim de que o defensor público possa avaliar se houve ou não o rompimento do ciclo de violência, incentivando a assistida, conforme o caso, a continuar em atendimento naqueles órgãos;

II – DEAM: recomenda-se ao defensor público o contato direto com a autoridade policial, seja para garantir a execução de atividades extrajudiciais, tais como as previstas no art. 11 da Lei 11.340/2006, seja para conhecer conteúdo das medidas protetivas pleiteadas, considerando-se a dificuldade de explanação das assistidas.

Art. 89. Recomenda-se a articulação com os representantes da rede mecanismos para garantir o abrigo das mulheres em situação de risco³⁹¹.

Art. 90. Recomenda-se a realização de capacitações para os órgãos, instituições e/ou entidades que atuam na rede.

Parágrafo único. A abordagem, ainda que precedida de breve introdução teórica do assunto, deverá ser direcionada à sensibilização dos profissionais que atuam na ponta do atendimento, ressaltando o aspecto prático e solucionando dúvidas na condução dos casos/problemas vivenciados por eles.

Art. 91. Recomenda-se a elaboração de um documento único para permitir a comunicação entre os representantes da rede sobre as medidas adotadas por cada um de seus componentes.

§ 1º Ao atender a mulher, o órgão, instituição ou entidade registra a providência adotada e repassa o documento ao próximo integrante da rede. Tal conduta permite o devido encaminhamento da mulher entre os componentes da rede, viabilizando seu atendimento nas esferas psicológica, social e jurídica.

§ 2º A adoção do documento único evita o trânsito desordenado da assistida entre as instituições, fato que, além de desmotivá-la, propicia a adoção das mesmas medidas por órgãos diversos ou a não adoção de medidas, presumindo-se equivocadamente que as providências já haviam sido tomadas.

Art. 92. Sugere-se a construção de um protocolo, em que seja confirmado o compromisso dos órgãos, instituições e/ou entidades, declinando-se cada uma de suas funções bem como o fluxo dos encaminhamentos necessários.

Art. 93. Recomenda-se ao defensor público que garanta a participação dos movimentos sociais e da sociedade civil em todo o processo.

³⁹¹ A experiência da região metropolitana de Belo Horizonte é a figura de um consórcio intermunicipal que, mediante contribuições financeiras dos municípios integrantes, mantém uma “casa-abrigo” para o acolhimento das mulheres vítimas de violência doméstica, após triagem que identifica o grau de risco.



CAPÍTULO II

ATUAÇÃO EM MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E FEITOS CRIMINAIS

Art. 94. O pleito por medidas protetivas de urgência poderá ser redigido tanto pelo defensor público, quanto pelo promotor de justiça ou pela autoridade policial.

§ 1º Verificar na comarca qual é o procedimento mais célere que garanta a maior eficácia ao direito da assistida.

§ 2º Atentar para o fato de que muitos juízes exigem a lavratura do boletim de ocorrência para o deferimento das medidas protetivas em caráter liminar.

§ 3º Caso o fato de violência doméstica narrado pela assistida também configure crime, imprescindível a lavratura do boletim de ocorrência, ocasião em que ela prestará declarações, indicará as testemunhas e assinará o termo de representação, nos casos de crimes de ação penal pública condicionada à representação da vítima³⁹². A partir daí, correrão em separado dois processos, um para a decretação de medidas protetivas de urgência e um inquérito policial.

Art. 95. Tanto o procedimento para a decretação de medidas protetivas de urgência quanto o inquérito policial tramitarão na vara especializada de violência doméstica e familiar contra a mulher ou, subsidiariamente, na vara criminal³⁹³, sendo afastada a incidência dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/05, à luz do art. 41 da Lei 11.340/2006.

§ 1º O defensor público poderá assistir os interesses da parte autora no processo para a decretação de medidas protetivas de urgência desde o seu nascedouro, nos casos em que pleitear as medidas em seu nome, ou poderá ingressar nos autos no momento em que for acionado pela vítima.

§ 2º A atuação do defensor público nos autos do inquérito policial e/ou ação penal dependerá da manifestação de vontade da assistida, que poderá pleitear assistência nos termos do art. 27 da Lei 11.340/06.

§ 3º As mulheres em situação de violência doméstica e/ou familiar se adéquam ao critério de vulnerabilidade que subsidia a atuação do defensor público nos processos para a decretação de medidas protetivas de urgência e inquéritos policiais/ações penais, independentemente da aferição de renda, conforme Enunciado I da Comissão Especial de Proteção e Defesa dos Direitos da Mulher, aprovado pelo CONDEGE.³⁹⁴

³⁹² É importante lembrar que a ADI 4424/DF, julgada em 09/02/2012 pelo Supremo Tribunal Federal, definiu que a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher é pública incondicionada.

³⁹³ TJMG. Conflito de Competência 1.0000.07.458873-2/000. Rel. Des. Célio César Paduani. Julgamento em 04/10/2007. Publicação: 11/10/2007. TJMG. Conflito de Competência 1.0000.07.458182-8/000. Rel. Des. Almeida Melo. Julgamento em 16/08/2007. Publicação: 23/08/2007.

³⁹⁴ Comissão Especial de Proteção e Defesa dos Direitos da Mulher do CONDEGE, Enunciado I: Em se tratando do ajuizamento de medida protetiva de urgência o(a) Defensor(a) Público(a) atuará independentemente da situação econômica e financeira da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Nas demais demandas, excetuadas as criminais, o(a) Defensor(a) Público(a) avaliará a hipossuficiência, no caso concreto, para ajuizamento da ação.

§ 4º O acolhimento da mulher em situação de violência doméstica e/ou familiar no NUDEM deverá ser realizado preferencialmente por psicólogo e/ou assistente social, caso exista o serviço na localidade, respeitando-se a vontade da assistida em dirigir-se primeiramente ao defensor público, conforme Enunciado III da Comissão Especial de Proteção e Defesa dos Direitos da Mulher, aprovado pelo CONDEGE³⁹⁵.

Art. 96. Sobre a controvérsia acerca da natureza jurídica do procedimento para a aplicação medidas protetivas de urgência:

I – há os que entendem tratar-se de um procedimento cautelar cível: instrumento para a propositura de uma ação de família. Segundo esse entendimento, aplicam-se as regras dos artigos 796 a 812 do CPC e as medidas protetivas perderão seus efeitos quando for prolatada uma sentença de mérito definitiva na ação de família. Caso a assistida não interponha a ação principal na vara de família no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de efetivação da medida, perderá eficácia a ordem de proteção³⁹⁶;

II – dissonando em parte, o STJ capitaneou o entendimento de que se trata de um procedimento cautelar cível satisfativo, independente de uma ação principal ou prazo de duração³⁹⁷;

III – há os que entendem tratar-se de um procedimento cautelar penal: instrumento para uma condenação criminal. Segundo esse entendimento, aplicam-se as regras dos artigos 282 a 300, 311 a 316 e 319 a 320, todos do CPP e as medidas protetivas perderão seus efeitos quando for prolatada uma sentença de mérito definitiva na ação penal. Caso a assistida não exerça seu direito de representação nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, não fará jus à proteção³⁹⁸;

IV – o melhor entendimento, todavia, define o procedimento como autônomo – de conhecimento, principal e satisfativo na esfera cível. Veicula uma tutela jurisdicional diferenciada e específica, tutela inibitória/preventiva. Inibe-se o ato ilícito – independentemente da ocorrência de dano ou culpa do agente – impedindo-se a prática,

³⁹⁵ Comissão Especial de Proteção e Defesa dos Direitos da Mulher do CONDEGE, Enunciado III: Que a mulher em situação de violência seja acolhida na Defensoria Pública preferencialmente por psicólogo(a) e/ou assistente social, condicionado à existência do serviço, respeitando-se a vontade da vítima em dirigir-se primeiramente ao(à) Defensor(a) Público(a).

³⁹⁶ Posicionamento minoritário. TJMG. Agravo de Instrumento-Cr 1.0024.13.191355-0/001. Rel. Des. Furtado de Mendonça. Julgamento em 17/03/2015. Publicação: 27/03/2015.

³⁹⁷ STJ. REsp 1419421/GO. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 11/02/2014. Publicação: 07/04/2014. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.13.291553-9/001. Rel. Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama. Julgamento em 25/06/2015. Publicação: 03/07/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0105.11.023033-8/001. Rel. Des. Cássio Salomé. Julgamento em 26/04/2012. Publicação: 08/05/2012.

³⁹⁸ Posicionamento majoritário do TJMG. Apelação Criminal 1.0024.09.511841-0//001. Rel. Des. Walter Luiz. Julgamento em 07/07/2015. Publicação: 17/07/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.12.214889-3/001. Rel. Des. Corrêa Camargo. Julgamento em 11/05/2015. Publicação: 13/05/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.10.18282304/001. Rel. Des. Doorgal Andrada. Julgamento em 09/07/2014. Publicação: 16/07/2014. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.10.161720-7/001. Rel. Des. Eduardo Machado. Julgamento em 28/01/2014. Publicação: 03/02/2014. TJMG. Conflito de Jurisdição 1.0000.13.073886-7/000. Des. Rel. Nelson Missias de Moraes. Julgamento em 14/11/2013. Publicação: 25/11/2013. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.09.574035-3/001. Rel. Des. Paulo César Dias. Julgamento em 21/05/2013. Publicação: 03/06/2013. TJMG. Agravo de Instrumento-Cr 1.0687.12.000155-1/001. Rel. Des. Fortuna Grion. Julgamento em 19/03/2013. Publicação: 30/04/2013. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.10.253960-8/001. Rel. Des. Furtado de Mendonça. Julgamento em 29/01/2013. Publicação: 07/02/2013. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.11.048769-1/001. Rel. Des. Antonio Carlos Cruvinel. Julgamento em 04/12/2012. Publicação: 19/02/2013. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.10.237315-6/001. Des. Rel. Rubens Gabriel Soares. Julgamento em 27/11/2012. Publicação: 04/12/2012. TJMG. 1.0324.10.002545-5/001. Rel. (a) Des. (a) Maria Luiza de Marilac. Julgamento em 13/12/2011. Publicação: 15/06/2012.



repetição ou continuação do ato contrário ao direito. Muito embora algumas medidas protetivas sejam dotadas de conteúdo cautelar³⁹⁹, a maioria delas resguardam direitos fundamentais da mulher, visando pessoas e não processos. Aplicam-se as normas do CPC e CPP, notadamente os artigos 461 do CPC e artigo 319 do CPP. Enquanto subsistir a situação de perigo que embasou a ordem, terão validade as medidas protetivas de urgência deferidas (cláusula *rebus sic stantibus*)⁴⁰⁰.

Art. 97. Sobre a controvérsia acerca do recurso cabível em face da decisão judicial que indefere o pedido liminar:

I – há os que entendem tratar-se de apelação cível, considerando que a decisão coloca fim ao procedimento cautelar cível;

II – há os que entendem tratar-se de apelação criminal, considerando que a decisão coloca fim ao procedimento cautelar penal⁴⁰¹;

III – há os que entendem tratar-se de recurso em sentido estrito / agravo de instrumento criminal, considerando a prolação de uma decisão interlocutória na seara criminal⁴⁰²;

IV – há os que entendem tratar-se de agravo de instrumento, considerando a prolação de uma decisão interlocutória na seara cível⁴⁰³.

³⁹⁹ Exemplo : art. 22, inc. V, art. 23, inc. IV, art. 24, inc. IV, todos da Lei 11.340/2006.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; LIMA, Fausto Rodrigues de. Da Atuação dos Ministérios Públicos – artigos 25 a 26. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 329, 2011; DIDIER JÚNIOR, Fredie e OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais civis da Lei Maria da Penha (Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, p. 327, 2010 e BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/689>>. Acesso em 20/11/2012.

TJMG. Recurso em Sentido Estrito 1.0521.13.014015-0/001. Rel. Des. Catta Preta. Julgamento em 12/02/2015. Publicação: 02/03/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0245.12.024609-6/001. Rel. (a) Des. (a) Kárin Emmerich. Julgamento em 10/02/2015. Publicação: 20/02/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.12.109338-9/001. Rel. (a) Des. (a) Valéria da Silva Rodrigues (JD Convocada). Julgamento em 04/11/2014. Publicação: 11/11/2014. TJMG. Apelação Criminal 1.0105.13.031631-5/001. Rel. Des. Júlio Cezar Gutierrez. Julgamento em 14/10/2014. Publicação: 20/10/2014. TJMG. Agravo de Instrumento Criminal 1.0024.10.118526-2/001. Rel. Des. Walter Luiz. Julgamento em 25/03/2014. Publicação: 04/04/2014. TJMG. Agravo de Instrumento-Cr. 1.0024.10.176534-5/001. Rel. Des. Flávio Leite. Julgamento em 18/02/2014. Publicação: 28/02/2014. TJMG. Recurso em Sentido Estrito 1.0024.11.235759-5/001. Rel. Des. Doorgal Andrada. Julgamento em 30/10/2013. Publicação: 05/11/2013. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.08.246479-3/001. Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques. Julgamento em 03/09/2013. Publicação: 11/09/2013. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.11.023230-3/001. Rel. Des. Furtado de Mendonça. Julgamento em 19/02/2013. Publicação: 27/02/2013. TJMG. Apelação Cível 1.0324.10.002544-8/001. Rel. (a) Des. (a) Hilda Teixeira da Costa. Julgamento em 08/11/2011. Publicação: 02/12/2011. TJMG. Apelação Cível 1.0324.09.075991-5/001. Rel. Des. Alberto Vilas Boas. Julgamento em 29/03/2011. Publicação: 06/05/2011. TJSC. Apelação Criminal 2013.021618-4. Rel. Des. Carlos Alberto Civinski. Julgamento em 06/05/2014. TJRS. Habeas Corpus 70041747965. Rel. Des. José Antonio Cidade Pitrez. Julgamento em 12/05/2011. Publicação: 03/06/2011.

⁴⁰¹ TJMG. Apelação Criminal 1.0024.10.235877-7/001. Rel. Des. Furtado de Mendonça. Julgamento em 19/11/2013. Publicação: 25/11/2013. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.10.118496-8/001. Rel. Des. Delmival de Almeida Campos. Julgamento em 14/09/2011. Publicação: 28/09/2011.

⁴⁰² TJMG Apelação Criminal 1.0245.12.002902-1/001. Rel. Des. Sálvio Chaves. Julgamento em 07/05/2015. Publicação: 15/05/2015.

⁴⁰³ Melhor entendimento. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.10.775278-4/001. Rel. (a) Des. (a) Márcia Milanez. Julgamento em 22/07/2014. Publicação: 31/07/2014. TJMG. Agravo de Instrumento-Cr 1.0024.13.098958-5/001. Rel. Des. Cássio Salomé. Julgamento em 12/09/2013. Publicação: 20/09/2013. TJMG. Apelação Criminal 1.0105.11.002813-8/001. Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo. Julgamento em 26/04/2012. Publicação: 08/05/2012. TJMG. Apelação Criminal 1.0105.11.010539-9/001. Rel. Des. Walter Luiz. Julgamento em 17/04/2012. Publicação: 15/05/2012. TJMG. Agravo de Instrumento-Cr 1.0241.10.000478-7/001. Rel. Des. Antonio Carlos Cruvinel. Julgamento em 09/11/2010. Publicação: 12/01/2011.

§ 1º Independentemente de qual seja a natureza que ao recurso se atribua, ele será processado e julgado por uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

§ 2º O princípio da fungibilidade recursal tem sido acolhido pela jurisprudência majoritária do TJMG.

§ 3º Aconselha-se ao defensor público que, antes de manejar o recurso cabível, fundamente em pormenores a situação de violência vivenciada pela assistida (notadamente nos casos em que o pedido haja sido formulado exclusivamente no boletim de ocorrência), pleiteando a reconsideração da decisão judicial proferida no próprio juízo *a quo*. Se necessário for, aconselha-se seja requerida a designação de audiência para oitiva pessoal da autora.

Art. 98. Deferidas as medidas protetivas de urgência, o requerido será citado/intimado para cumprir a ordem judicial prolatada bem como para apresentar defesa no prazo de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Frustrada a citação pessoal, caso o oficial de justiça suspeite da ocultação voluntária, caberá a citação por hora certa.

Art. 99. Na eventualidade de, após pessoalmente citado, o requerido permanecer inerte, serão aplicados os efeitos da revelia e poderá ser prolatada sentença de procedência, sendo extinto o processo com julgamento de mérito, aos moldes do artigo 269 do CPC.

Art. 100. Na eventualidade de o requerido informar ao oficial de justiça que não dispõe de condições financeiras para contratar um advogado ou arcar com as custas do processo, sem prejuízo ao seu sustento e/ou de sua família, será aberta vista dos autos à Defensoria Pública.

Art. 101. Ofertada a contestação, a parte autora será intimada para apresentar impugnação, ocasião em que deverá ser a ela informado o direito de ser assistida pelo NUDM, mediante comparecimento àquele órgão de atuação, nos dias e horários de funcionamento.

Parágrafo único. O defensor público deverá prestar atendimento específico e humanizado, esclarecendo a assistida sobre todos os seus direitos, sejam na esfera cível, de família e/ou criminal, uma vez que a educação ampla em direitos contribuirá para o resgate de sua dignidade, adormecida no bojo do ciclo de violência por ela vivenciado.

Art. 102. Em sede de impugnação, o defensor público deverá:

I – checar a tempestividade da contestação, observado o disposto no art.96;

II – no mérito, afastar as teses defensivas, considerando:

a) a natureza jurídica do procedimento;

b) a não conveniência de discussão sobre questões criminais e/ou de direito de família;

c) a configuração da violência doméstica no caso concreto, à luz dos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/2006, defendendo, inclusive, a incidência da Lei 11.340/2006 seja entre irmãos, para vítimas mulheres, seja em prol da ofendida transgênero do sexo feminino, ainda que não ostente identidade biológica ou civil de mulher;



d) a credibilidade plena a ser conferida à versão dos fatos lançada pela ofendida⁴⁰⁴;

e) o fato de o requerido não haver provado a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, à luz do art. 333, inc. II do CPC.

III – redigir pedido de julgamento antecipado da lide, com a ratificação da decisão liminar na prolação de uma sentença de procedência do pedido. Subsidiariamente, a designação de audiência de instrução e julgamento com a oitiva de testemunhas indicadas pela assistida.

Parágrafo único. É importante argumentar que as medidas protetivas de urgência deferidas em favor da mulher em nada obstam a convivência familiar do requerido em relação aos filhos. Apenas não poderá ser ela a intermediadora desse convívio.

Art. 103. Caso seja proferida sentença de improcedência do pedido, caberá recurso de apelação cível⁴⁰⁵.

Art. 104. Uma vez intimado da sentença de procedência do pedido, o defensor público deverá entregar à assistida cópia do provimento.

Parágrafo único. A assistida deve ser orientada a guardar em seu poder tanto a decisão que deferiu as medidas protetivas de urgência bem como a sentença de mérito mencionada no *caput*.

Art. 105. Em qualquer fase processual, caso as medidas protetivas deferidas não sejam suficientes a resguardar os direitos fundamentais da assistida, poderá o defensor público requerer a sua complementação mediante petição fundamentada.

Art. 106. Em qualquer fase processual, após a citação do requerido, caso ele descumpra as medidas protetivas que lhe foram impostas, o defensor público deverá requerer o agravamento delas, mediante a imposição de multa por cada dia de descumprimento, o auxílio de força policial e/ou monitoração eletrônica⁴⁰⁶, com fulcro nos artigos 22, §§ 1º, 3º e 4º da Lei 11.340/2006 c/c artigo 461, §§ 5º e 6º do CPC e artigo 319, inc. IX do CPP.

§ 1º O defensor público deverá narrar pormenorizadamente o descumprimento da medida protetiva, indicando provas, sejam documentais, testemunhais ou periciais.

§ 2º Conforme art. 313, inc. III do CPP, o requerimento de prisão preventiva em razão do descumprimento de medidas protetivas de urgência deverá ser redigido nos autos da ação

⁴⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TJMG. Agravo de Instrumento-Cr 1.0027.13.210127-0/001. Rel. Des. Silas Vieira. Julgamento em 27/01/2015. Publicação: 06/02/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.11.023230-3/001. Rel. Des. Furtado de Mendonça. Julgamento em 19/02/2013. Publicação: 27/02/2013. TJMG. Apelação Criminal 1.0105.11.010539-9/001. Rel. Des. Walter Luiz. Julgamento em 17/04/2012. Publicação: 15/05/2012. TJMG. Apelação Criminal 1.0105.10.037808-9/001. Rel. Des. Nelson Missias de Moraes. Julgamento em 20/10/2011. Publicação: 09/11/2011. TJMG. Apelação Criminal 1.0261.07.054430-7. Rel. Des. Antonio Armando dos Anjos. Julgamento em 03/03/2009. Publicação: 23/03/2009.

⁴⁰⁵ TJMG. Apelação Criminal 1.0024.10.235877-7/001. Rel. Des. Furtado Mendonça. Julgamento em 19/11/2013. Publicação: 25/11/2013.

⁴⁰⁶ Nas comarcas em que o sistema já houver sido implantado.

penal que apure a prática do crime de violência doméstica, seja pelo promotor de justiça, seja pelo defensor público que assista os interesses da vítima na esfera criminal.

§ 3º Ao ser revogada a prisão preventiva, sendo ela substituída pela monitoração eletrônica, o defensor público deverá requerer à autoridade judicial que conduza o requerido à central de monitoração eletrônica para a instalação da tornozeleira antes da expedição do alvará de soltura.

Art. 107. Cada descumprimento de medida protetiva, *de per se*, poderá configurar um crime.

Parágrafo Único. Caso o descumprimento não configure um crime autônomo, há controvérsia acerca da configuração do delito de desobediência, tipificado nos artigos 330 e 359 do CP:

I – admitida a tese pela existência de crime de desobediência, este será processado perante as varas especializadas de violência doméstica e familiar contra a mulher ou, subsidiariamente, perante a vara criminal⁴⁰⁷;

II – admitida a tese que prevalece no STJ, a configuração de sanção de natureza administrativa, civil ou até mesmo processual para o descumprimento de medidas protetivas de urgência obsta a incidência do direito penal pela aplicação do princípio da intervenção mínima⁴⁰⁸.

CAPÍTULO III DO ATENDIMENTO INICIAL E ELABORAÇÃO DE PETIÇÕES INICIAIS EM AÇÕES DE FAMÍLIA⁴⁰⁹

Art. 108. Nos casos em que se configure violência doméstica e/ou familiar atual (v. artigos 5º e 7º da Lei 11.340/2006), o defensor público do NUDEM realizará a orientação jurídica e o ajuizamento de ações de alimentos, de divórcio, de guarda, de reconhecimento e dissolução de união estável, de investigação de paternidade, de regulamentação do direito de convivência familiar, dentre outras ações de família para a assistida.

⁴⁰⁷ Posicionamento minoritário. TJMG. Apelação Criminal 1.0027.12.028298-6/001. Rel. (a) Des. (a) Luziene Barbosa Lima (JD Convocada). Julgamento em 14/07/2015. Publicação: 22/07/2015. TJMG. Recurso em Sentido Estrito 1.0518.13.003671-9/001. Rel. Des. Sálvio Chaves. Julgamento em 26/02/2015. Publicação: 06/03/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0231.10.013022-9/001. Rel. Des. Eduardo Machado. Julgamento em 25/11/2014. Publicação: 01/12/2014. TJMG. Apelação Criminal 1.0056.12.017864-7/001. Rel. Des. Paulo César Dias. Julgamento em 07/10/2014. Publicação: 14/10/2014.

⁴⁰⁸ Posicionamento majoritário. STJ. HC 312513/RS Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgamento em 21/05/2015. Publicação: 28/05/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.13.024773-7/001. Rel. Des. Julio Cezar Gutierrez. Julgamento em 08/07/2015. Publicação: 14/07/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0287.14.001701-6/001. Rel. (a) Des. (a) Denise Pinho da Costa Val. Julgamento em 09/06/2015. Publicação: 19/06/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0123.14.002029-8/001. Rel. Des. Nelson Missias de Moraes. Julgamento em 28/05/2015. Publicação: 08/06/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0693.14.009347-9/001. Rel. Des. Corrêa Camargo. Julgamento em 11/05/2015. Publicação: 13/05/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0718.14.001730-9/001. Rel. Des. Fortuna Grion. Julgamento em 24/03/2015. Publicação: 31/03/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.11.051441-1/001. Rel. Des. Flávio Leite. Julgamento em 17/03/2015. Publicação: 27/03/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0153.12.012435-6/001. Rel. Des. Silas Vieira. Julgamento em 03/03/2015. Publicação: 13/03/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0216.13.001595-3/001. Rel. Des. Catta Preta. Julgamento em 12/02/2015. Publicação: 02/03/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0084.13.001886-8/001. Rel. (a) Des. (a) Karin Emmerich. Julgamento em 10/02/2015. Publicação: 20/02/2015. TJMG. Apelação Criminal 1.0521.13.004088-9/001. Rel. Des. Adilson Lamounier. Julgamento em 02/12/2014. Publicação: 10/12/2014.

⁴⁰⁹ Para orientações específicas sobre direito das famílias, remetemos o leitor ao respectivo roteiro prático.



Art. 109. Considerando-se que a representação do assistido pela Defensoria Pública tem natureza público-estatutária, oriunda da lei e da investidura do agente no cargo, nos termos do artigo 74, XI, da Lei Complementar 65/03, basta a sua anuência com os termos da petição, seja pela assinatura conjunta na peça, seja pela expressa menção do defensor público à autorização conferida pela assistida⁴¹⁰.

Art. 110. A recusa no patrocínio de assistência jurídica deverá ser comunicada pelo defensor público à Defensoria Pública Geral, nos termos dos arts. 3º e 3º-A da Lei Complementar Federal 80/94 e da Orientação Funcional nº 5 da Corregedoria da Defensoria Pública de Minas Gerais⁴¹¹.

Art. 111. Para facilitar o compartilhamento de dados entre os membros da Defensoria Pública, recomenda-se a indicação do número SIGED da assistida nas petições iniciais.

Art. 112. Se houver risco à integridade física e/ou psicológica da assistida, o defensor público deverá mencioná-lo na petição inicial e pugnar pela não designação de audiência de conciliação.

Art. 113. As provas da violência doméstica e familiar contra a mulher deverão acompanhar a petição inicial, tais como a decisão concessiva de medidas protetivas, os boletins de ocorrência e eventuais relatórios do Conselho Tutelar, relatórios médicos, etc. É importante contextualizar a situação de violência ao juiz da vara de família, a fim de que ele possa se orientar à luz do art. 4º da Lei 11.340/06.

Art. 114. Nos casos de violência doméstica, sobretudo de violência psicológica, em que o agressor proibiu a vítima de exercer atividade remunerada durante a união matrimonial, sustentando financeiramente a família, haverá obrigação alimentar fundada no dever de mútua assistência: alimentos compensatórios à violência sofrida pela mulher, independentemente da prova da necessidade⁴¹².

Art. 115. A violência doméstica e/ou familiar com o deferimento de medidas protetivas, por si só, não inviabiliza a guarda compartilhada, devendo ser respeitado o melhor interesse da criança e/ou do adolescente no caso concreto.

⁴¹⁰ OF Nº 028: Representação do assistido pela Defensoria Pública. Liame de natureza público-estatutária, originado da dicção da lei e da investidura do agente no cargo público, e não da outorga de mandato. Intelceção do art. 128, XI, in fine, da Lei Complementar n. 80/94 e art. 74, XI, in fine, da Lei Complementar Estadual n. 65/03. Atecnica da exigência de mandato para a outorga de poderes especiais, bastando a anuência do assistido com os termos da petição, seja pela assinatura conjunta na peça, seja pela expressa menção do Defensor Público à autorização conferida pelo assistido.

⁴¹¹ OF Nº 05: Negativa de patrocínio de assistência jurídica – independência funcional – liberdade de exercício da convicção técnico-jurídica no âmbito dos princípios, objetivos e funções institucionais (LCF 80/94, artigos 3º, 3º – A) – possibilidade de atuação em dissonância com a vontade da parte assistida – comunicação obrigatória da negativa de patrocínio ao Defensor(a) público(a) Geral, com as razões de seu procedimento – direito do assistido da Defensoria Pública de ter sua pretensão revista no caso de recusa de atuação pelo Defensor(a) público(a) (LCF 80/94, art. 4º – A, III).

⁴¹² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.156.

Art.116. As medidas protetivas não impedem o exercício do direito de visitas aos filhos, salvo se as filhas forem beneficiárias das medidas ou se a medida consistir na suspensão ou restrição ao direito de visitas⁴¹³.

§ 1º Zelar para que o direito de convivência familiar seja o mais amplo possível, a fim de se evitar o distanciamento entre pais e filhos.

§ 2º A fim de que não se frustrate o cumprimento das medidas protetivas deferidas, a retirada e a devolução da criança de seu domicílio, quando necessário, deverão ser realizadas por intermédio de pessoas de confiança dos genitores.

⁴¹³ Artigo 22, inc. IV da Lei nº 11.340/06.



Parte Segunda: LIVRO V – DA ATUAÇÃO NA INFÂNCIA E JUVENTUDE

7.1

TÍTULO I DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA NA INFÂNCIA E JUVENTUDE – INFRACIONAL

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 117. O defensor público deverá atentar para o fato de que a atuação da Defensoria Pública na promoção e proteção de direitos das crianças e dos adolescentes ocorre independentemente da aferição da hipossuficiência econômica, tendo em vista que a hipossuficiência, nessa área de atuação, é organizacional, em razão da vulnerabilidade desse grupo social^{414 415}.

Art. 118. Sugere-se ao defensor público utilizar em todas as formas de atuação, judicial ou extrajudicial, embasamento jurídico nos Tratados e Convenções Internacionais sobre os Direitos Humanos e sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a Convenção sobre os Direitos da Criança, as Regras de Beijing, o Tratado de Riad, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

CAPÍTULO II DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL/DA TUTELA COLETIVA/ DA ATUAÇÃO EM REDE⁴¹⁶

Art. 119. Sugere-se ao defensor público, ao vislumbrar a possibilidade da demanda individual estar inserida em contexto de demanda coletiva, primar por seu tratamento coletivizado, judicial e/ou extrajudicialmente, sem prejuízo das medidas adotadas para o caso concreto individual.

⁴¹⁴ STJ – REsp. nº 555.111-RJ.

⁴¹⁵ “Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e do que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à idéia generosa do amplo acesso à justiça de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias, ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”(Ada Pelegrini Grinover – Parecer lançado na Adin nº 3.943);

⁴¹⁶ Para orientações específicas sobre tutela coletiva, remetemos o leitor ao respectivo roteiro prático.

Art. 120. Ao iniciar sua atuação no respectivo órgão, deverá o defensor público:

I – diligenciar acerca da situação atual do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente⁴¹⁷ e dos atores envolvidos na promoção e proteção de direitos da infância e da juventude, buscando participação nos Conselhos de Direitos de âmbito municipal e/ou estadual, conforme o caso e de acordo com a legislação⁴¹⁸;

II – comunicar a posse no cargo às autoridades locais, conforme orientação da Corregedoria, bem como ao Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e aos membros do Conselho Tutelar;

III – inteirar-se da legislação municipal e estadual, bem como das políticas públicas municipais e estaduais afetas à temática da infância e da juventude;

IV – atualizar-se acerca de eventuais alterações nas Leis 8069/90 (ECA), 12.594/12 (Lei do SINASE), nas Resoluções do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), na Resolução 165/2012 do Conselho Nacional de Justiça, nas Teses Institucionais aprovadas nos Congressos Nacionais dos Defensores Públicos da Infância e da Juventude e demais atos normativos, evoluções doutrinárias e mudanças jurisprudenciais correlatas.

Art. 121. Recomenda-se fazer contatos/tratativas/parcerias com parlamentares e/ou chefes e secretários do Poder Executivo visando à criação de frentes parlamentares, projetos de lei e instituições de políticas públicas destinadas à promoção e proteção de direitos.

Art. 122. Em comarcas em que não haja espaços de discussões interinstitucionais, adotar postura proativa e iniciar tratativas de criação e manutenção de atuação em rede, com a instituição de fóruns de discussão mensal ou semanal, comissões e afins, convidando os atores e as instituições integrantes do sistema de justiça, parlamentares, órgãos estatais e da sociedade civil organizada, bem como universidades e entidades públicas e privadas parceiras.

Art. 123. Utilizar de todos os meios extrajudiciais adequados para a realização de suas funções institucionais previstas no artigo 4º da LC 80/94, como, por exemplo:

I – realizar inspeções e visitas técnicas periódicas nos centros socioeducativos de internação e nas unidades de semiliberdade;

II – realizar consultas públicas;

III – convocar e organizar audiências públicas para tratar de temas afetos à infância e a juventude, ou propor a sua realização por terceiros e delas participar e/ou auxiliar;

IV – expedir recomendações⁴¹⁹;

⁴¹⁷ Artigo 86 da Lei 8069/90.

⁴¹⁸ Artigo 4º, XX, da LC 80/94.

⁴¹⁹ Ainda que sem previsão legal expressa, inegável a legitimidade da Defensoria Pública para seu manejo, sendo um dentre os vários instrumentos extrajudiciais de que dispõe na condição de legitimado para a tutela coletiva. Em São Paulo, verbi gratia, está prevista na Deliberação 139/2009 do Conselho Superior da Defensoria daquele Estado (art. 8º, IV).



V – promover a difusão e a conscientização dos direitos da criança e do adolescente, da cidadania e do ordenamento jurídico, realizando a educação em direitos, por meio de palestras, cursos, debates, seminários, cartilhas e entrevistas⁴²⁰;

VI – participar de forma propositiva nos conselhos em que tiver assento.

CAPÍTULO III DA ATUAÇÃO JUDICIAL

SEÇÃO I DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL – PROCESSO DE CONHECIMENTO

Art. 124. O defensor público deverá:

I – zelar pelo respeito aos direitos e garantias individuais dos adolescentes tutelados pela Constituição da República e pelos Tratados e Convenções Internacionais;

II – observar especialmente, no que se refere ao procedimento de apuração da prática de ato infracional, o disposto nos artigos 1º a 6º, 90 a 94-A, 98, 99 a 102, 103 a 128, 141 a 154, 171 a 190, 198 a 199-E, 200 a 205, 206 e 207, §3º, todos da Lei 8069/90 (ECA), assim como o disposto nos artigos 5º, 227 e 228, todos da Constituição da República.

Art. 125. Nos casos em que o Ministério Público, após a oitiva informal do adolescente, conceder a remissão cumulada com a aplicação de alguma medida socioeducativa, zelar pelo exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal, antes que ela seja homologada pelo juiz.

§ 1º Observar que só poderá ser aplicada medida socioeducativa, em sede de remissão, em caso de confissão do adolescente, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

§ 2º Caso o adolescente negue a prática de ato infracional, informalmente durante a oitiva informal, ou formalmente durante a audiência de apresentação, e o Ministério Público conceder ou opinar pela concessão de remissão cumulada com a aplicação de medida socioeducativa, manifestar contrariamente à aplicação de qualquer medida socioeducativa, insistindo, nessa hipótese, na instrução do procedimento, com a consequente designação de audiência de apresentação ou audiência em continuação, conforme o caso.

Art. 126. Nos casos em que o Ministério Público oferecer representação e o juiz decretar a internação provisória do adolescente, sugere-se:

I – requerer a revogação da internação provisória quando não preenchidos os requisitos previstos nos artigos 108 e 174 do ECA, quais sejam:

a) indícios suficientes de materialidade e de autoria;

b) demonstração da necessidade imperiosa da medida cautelar de internação provisória;

⁴²⁰ Artigos 1º e 4º, III, LC 80/94.

- c) gravidade do ato infracional e sua repercussão social;
- d) garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

II – requerer a revogação da internação provisória quando não houver proporcionalidade entre a medida cautelar referida e o resultado final do processo⁴²¹;

III – velar para que a internação provisória seja cumprida em estabelecimento adequado;

IV – zelar pela estrita observância do prazo máximo e improrrogável de 45 (quarenta e cinco) dias da internação provisória, devendo o adolescente ser posto imediatamente em liberdade caso não haja a conclusão do procedimento nesse período, devendo responder ao resto da instrução processual em liberdade.

Parágrafo único. Observar que o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias deve ser contado a partir da data em que for efetivada a apreensão do adolescente e não admite prorrogação, conforme reconhecido, inclusive, no art. 16, §2º da Resolução 165 do CNJ.

Art. 127. Ao analisar a peça inicial acusatória, denominada representação, e a fim de se avaliar as condições da ação, bem como a existência de justa causa, como condição de procedibilidade, e possível requerimento de nulidade por inépcia da representação, observar:

I – se a representação preencheu os requisitos dispostos no artigo 41 do CPP, ou seja, se descreveu de maneira pormenorizada a exposição do suposto ato infracional praticado, com todas as suas circunstâncias, a conduta individualizada e a qualificação do representado (no caso, o adolescente) ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas;

II – se a representação está devidamente instruída com inquérito policial ou outro procedimento investigatório criminal instaurado pelo Ministério Público⁴²², que ofereça lastro probatório mínimo apto a assegurar o prosseguimento da ação socioeducativa.

Art. 128. Durante o trâmite do procedimento de apuração da prática de ato infracional, deverá o defensor público:

I – atentar para a existência ou não das condições da ação, bem como de Justa Causa para o exercício da ação socioeducativa, conforme art. 395 do Código de Processo Penal;

II – zelar pela regularidade procedimental, bem como pelo respeito aos direitos e garantias individuais do adolescente;

III – zelar pela cientificação do adolescente e de seus responsáveis legais de todos os atos processuais;

⁴²¹ O ilustre processualista Eugênio Pacelli de Oliveira, ao tratar da necessidade de proporcionalidade entre a prisão provisória e o resultado final do processo criminal, que analogicamente se aplica ao Sistema de Justiça da Infância e da Juventude, esclarece que a prisão que equivale ao acautelamento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, antes do trânsito julgado da sentença condenatória, é sempre medida cautelar, sendo, pois, necessário que na sua aplicação não se perca de vista os resultados finais do processo, o que, em última análise, é a sua razão de ser: “Um exemplo bastante eloquente do que vem de se afirmar é a impossibilidade legal de se decretar a prisão preventiva para crimes culposos e ou contravenções (art. 313), mesmo que se constate a presença dos requisitos fáticos para sua concessão, dentre aqueles arrolados no art. 312 do CPP. Parte-se do raciocínio, logicamente justificável, no sentido de que mesmo quando condenado o autor de crime culposos ou de infração contravençional, dificilmente lhe será imposta a sanção privativa da liberdade, em razão das diversas alternativas sancionatórias previstas nos artigos 43 e 44 do CP, as chamadas penas alternativas. Em tais situações, como se percebe, a imposição da prisão cautelar superaria, em muito, o resultado final pretendido no processo. Em outros termos: estaria irremediavelmente comprometida a função acautelatória da prisão provisória em prejuízo de sua instrumentalidade, que vem a ser a justificação de sua existência.” (OLIVEIRA, Eugênio de Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 493.)

⁴²² Resolução nº 13/06, do Conselho Nacional do Ministério Público.



IV – zelar para que haja nomeação de curador especial somente nas seguintes hipóteses:

a) colidência de interesses entre o adolescente e seus responsáveis⁴²³;

b) ou quando os pais ou responsáveis não forem localizados⁴²⁴.

V – zelar pela elaboração de relatório interdisciplinar acerca da situação atual do representado, especialmente quando o adolescente estiver internado provisoriamente, a fim de subsidiar eventual decisão judicial de aplicação de medida socioeducativa⁴²⁵;

VI – velar pela observância aos princípios institucionais e às prerrogativas funcionais;

VII – velar pela observância dos prazos processuais;

VIII – acompanhar, quando necessário, o andamento processual no site do tribunal e por meio de consulta regular ao procedimento de apuração da prática de ato infracional, independentemente de intimação pessoal mediante entrega dos autos.

Art. 129. Na apresentação da defesa prévia, analisar a conveniência da arguição de matérias preliminares e prejudiciais de mérito, bem como da antecipação de matéria meritória, devendo ser apresentado o rol de testemunhas e eventuais documentos pertinentes à defesa técnica e à situação social e familiar do representado, tais como declaração de escolaridade, declaração de matrícula em cursos, comprovantes de emprego.

Parágrafo único. Embora a defesa prévia seja ato processual facultativo, a intimação para sua apresentação é obrigatória, sob pena de nulidade absoluta.

Art. 130. Ao elaborar as alegações finais, orais ou escritas, recomenda-se:

I – verificar se as regras de competência estabelecidas em lei foram observadas⁴²⁶;

II – analisar integralmente as provas produzidas, em sede policial e em juízo;

III – ser claro na narração dos fatos e do direito;

IV – alegar as matérias preliminares e prejudiciais de mérito, bem como elaborar as teses de absolvição possíveis, havendo tese de absolvição na autodefesa exercida pelo representado em sede policial e/ou em sede de audiência de apresentação;

V – observar, nos casos de confissão do representado, se a confissão restou isolada no contexto probatório, conforme jurisprudência pacífica e constante no enunciado nº 342 da súmula de jurisprudência predominante do STJ⁴²⁷;

⁴²³ Artigo 142, parágrafo único do ECA.

⁴²⁴ Artigo 184, §2º do ECA.

⁴²⁵ Artigo 186, §4º, do ECA.

⁴²⁶ Artigo 147, §1º do ECA.

⁴²⁷ Súmula 342 do STJ – “No procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente.” (Terceira Seção, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 581.)

“A mera confissão isolada de um menor, como qualquer outra prova, não pode assumir caráter absoluto, nem para sua própria condenação, nem para a absolvição do denunciado maior de idade, porque a experiência revela que, em muitos casos, a assunção da culpa pelo adolescente não passa de simples orquestração para manter a impunidade do verdadeiro autor do crime. Inteligência da Súmula 342 do STJ. (...)” (TJMG, Processo 1.0058.08.032992-1; Relator Renato Martins Jacob; d.j. 10/09/2009; d.p. 24/09/2009)

VI – atentar para os princípios da eventualidade e da ampla defesa e elaborar tópico específico pugnando pela aplicação da medida socioeducativa mais adequada no caso de eventual reconhecimento pelo juiz da prática de ato infracional pelo representado;

VII – não requerer a aplicação de medida socioeducativa restritiva de liberdade;

VIII – informar ao juízo que deverão ser observadas as prerrogativas inerentes ao desempenho da função de defensor público, indicando os dispositivos legais pertinentes⁴²⁸.

Art. 131. Ao elaborar tópico específico nas alegações finais acerca da medida socioeducativa mais adequada, recomenda-se:

I – mencionar os dispositivos constitucionais, convencionais e infraconstitucionais que prevêm a excepcionalidade da aplicação de medida restritiva de liberdade;

II – destacar as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que fortaleçam o arcabouço normativo mencionado;

III – analisar e expor detalhadamente o histórico infracional do adolescente por meio de sua certidão de antecedentes infracionais;

IV – destacar a ausência de reincidência, bem como a ausência de reiteração delitiva, na forma entendida pela jurisprudência do STJ e do STF⁴²⁹, quando for o caso;

V – destacar os pontos positivos constantes no relatório interdisciplinar;

VI – alegar nulidade nos casos em que não seja elaborado o relatório interdisciplinar⁴³⁰;

VII – pugnar, nos casos de confissão, pela consideração da atenuante da confissão espontânea, no momento da escolha da medida socioeducativa, assim como ocorre na dosimetria da pena para imputáveis⁴³¹;

VIII – pugnar, nos casos de internação provisória, pela consideração do tempo de acautelamento provisório como circunstância a ser considerada pelo magistrado no momento da escolha da medida;

IX – pugnar pela aplicação de medida socioeducativa em meio aberto (advertência, obrigação de reparar o dano, liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade).

⁴²⁸ Sugere-se, v.g., que se coloque ao final de todas as peças processuais texto semelhante ao que segue: “Informa-se, por oportuno, que deverão ser observadas as disposições da Lei nº: 1.060/50 (art. 5º, § 5º), da Lei Complementar Federal nº 80/94 (art. 128, inc. I) e da Lei Complementar Estadual nº 65/03 (art. 74, inc. I), que garantem ao Defensor Público a intimação pessoal de todos os atos do processo e a contagem em dobro dos prazos processuais”.

⁴²⁹ O STJ reconhece que a “reiteração” na prática de atos infracionais de natureza grave, para fins de incidência do disposto no art. 122, inciso II, da Lei nº 8.069/90, não se confunde com a simples “reincidência”, sendo admissível a aplicação de medidas privativas de liberdade apenas após restar comprovada a prática de 03 (três) atos de natureza grave (que não envolvam violência ou grave ameaça) distintos. STJ-HC23998 / RJ / REsp 909787/RS, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 03.09.2007 p. 217 / STJ, 5ª Turma, HC 99542/SP, rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 04/08/2008 / HC 130.837/PE, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 31.08.2009 e HC 62.294/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 12.03.2007 / STJ HC – 139350 / PE – Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.

⁴³⁰ “Ausência de relatório da equipe interprofissional, para a orientação da medida socioeducativa mais adequada para a recuperação do adolescente, leva a anulação do processo com a cassação da sentença”. (TJRS – APC 70005164397 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira – J. 21.11.2002)

⁴³¹ Artigo 65, III, d do Código Penal.



Art.132. Os prazos aplicáveis ao procedimento de apuração da prática de ato infracional são os previstos no ECA, devendo o defensor público observar que:

I – o prazo para apresentação da defesa prévia é de 3 (três) dias, conforme artigo 186, §3º do ECA;

II – as alegações finais serão orais, pelo tempo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, na forma do artigo 186, §4º, do ECA⁴³²;

III – o sistema recursal adotado é o do CPC, conforme previsão expressa no artigo 199 do ECA, com algumas adaptações;

IV – entre essas adaptações, está o prazo geral de 10 (dez) dias para a interposição de todos os recursos, salvo o de embargos de declaração.

§ 1º Os referidos prazos são contados em dobro em razão da prerrogativa do membro da Defensoria Pública e se iniciam a partir do recebimento, mediante entrega dos autos com vista, na forma do art. 128, I, da LC 80/94.

§ 2º Nos casos de interposição de recurso de apelação, o juiz poderá exercer o juízo de retratação.

Art. 133. Tendo em vista que a grande maioria dos atos infracionais praticados por adolescentes são relacionados aos atos análogos aos crimes de tráfico de drogas, roubo e furto, atentar para as causas supralegais de exclusão da culpabilidade, como a inexigibilidade de conduta diversa em casos de coação moral irresistível (ameaça, por exemplo), devendo o defensor, se possível, diligenciar para a juntada de boletim de ocorrência acerca da ameaça, bem como arrolar testemunhas que conheçam a situação de ameaça sofrida pelo representado para serem ouvidas em audiência de instrução/continuação⁴³³.

Art. 134. Verificar a ocorrência de alguma das escusas absolutórias e imunidades relativas previstas nos artigos 181 e 182, bem como o disposto no artigo 183, todos do CP, considerado o elevado índice de procedimentos para apuração da prática de atos infracionais análogos aos crimes contra o patrimônio.

Art. 135. Organizar as peças defensivas por tópicos com a finalidade de se obter uma melhor sistematização e organização das informações, conforme esquema meramente exemplificativo a seguir⁴³⁴:

I – relatório;

II – dos fatos/da representação;

III – do Direito;

⁴³² Entretanto, é comum o Juiz conferir o prazo geral de cinco dias para a apresentação das alegações finais por escrito.

⁴³³ TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. 1.0625.12.011698-7/001, Relator: Des.(a) Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento 06/08/2014, Data da Publicação 13/08/2014.

TJRS, 4ª Câmara Criminal, Ap. 70058579137, Relator: Des.(a) Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento 05/06/2014, Data da Publicação 16/06/2014.

⁴³⁴ Esquema referente a uma peça de alegações finais.

a) das preliminares;

b) do mérito.

1) da absolvição por ausência de provas de materialidade

2) da absolvição por ausência de provas de autoria;

IV – pelo princípio da eventualidade/da medida socioeducativa a ser aplicada;

V – do pedido e dos requerimentos.

Art. 136. Na hipótese de os autos serem remetidos à Defensoria Pública, considerando a ausência, sem escusa legítima, do advogado, verificar se foi dada a oportunidade ao representado e aos seus responsáveis legais de exercerem o direito fundamental de constituir outro advogado de sua confiança, em atendimento ao disposto no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), pois, do contrário, faz-se necessário suprir a omissão para assunção legítima da defesa técnica pela Instituição^{435 436 437}.

Parágrafo único. Observar que a Defensoria Pública só poderá atuar caso o representado e seus responsáveis legais, após devidamente intimados para constituir defensor, manifestarem o desejo de serem assistidos pela instituição ou se quedarem inertes⁴³⁸.

⁴³⁵ Artigo 8º – Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)

(...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. (...)

⁴³⁶ Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da persecutio criminis, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro advogado. Antes de realizada essa intimação – ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado – não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu.” (STF, 1ª Turma, HC 67.755-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 11.09.1992, p. 14.714).

⁴³⁷ TJMG – APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0517.06.001386-2/001 – COMARCA DE POÇO FUNDO – APELANTE(S): ALNÍCIO CORDEIRO DE FÁRIA – APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS – RELATOR: EXMO. SR. DES. VIEIRA DE BRITO”

⁴³⁸ Nesse último caso, em razão da garantia constitucional do devido processo legal, e seus corolários – contraditório e ampla defesa –, haverá a necessidade jurídica, e não meramente econômica, que autoriza a atuação institucional da Defensoria Pública.



SEÇÃO II

DAS AUDIÊNCIAS NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL – PROCESSO DE CONHECIMENTO

Art. 137. O defensor público deve recusar nomeação para atuar como defensor *ad hoc* em audiência, nos casos de não comparecimento de advogado constituído, solicitando a aplicação, por analogia, do artigo 456 do CPP, bem como do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Art. 138. Caso o representado solto e seus responsáveis não compareçam à audiência, analisar a regularidade da intimação, pois não tendo sido procedida corretamente, deve-se requerer a redesignação da audiência, evitando-se a expedição de mandado de busca e apreensão e o consequente constrangimento ao patrimônio moral do representado.

Art. 139. Sugere-se ao defensor público:

I – entrevistar-se pessoal e reservadamente com o representado e seus responsáveis legais antes do início das audiências, identificando-se e explicando sobre o andamento do procedimento, bem como sobre o tipo de audiência que será realizada e demais informações pertinentes;

II – entrevistar-se pessoal e reservadamente com o representado e seus responsáveis legais após o término das audiências, informando sobre as próximas fases processuais e sanando eventuais dúvidas.

Art. 140. Na audiência de apresentação, recomenda-se:

I – formular ao representado as perguntas sobre os fatos que entender pertinentes para a elaboração da defesa técnica;

II – formular ao representado e aos pais ou responsáveis perguntas sobre a situação social/pessoal/familiar do adolescente;

III – requerer, ao final, a revogação do acautelamento provisório, caso o adolescente esteja internado provisoriamente;

IV – requerer, em caso de confissão e quando for o caso, a concessão da remissão extintiva ou suspensiva cumulada ou não com aplicação de medida socioeducativa;

V – em caso de não extinção ou não suspensão do procedimento, havendo necessidade de continuidade da instrução processual com a designação de audiência em continuação, requerer a juntada de relatório interdisciplinar, laudos, realização de perícias, juntada de documentos e o que for necessário para o exercício da ampla defesa e do contraditório;

Parágrafo único. Na hipótese do inciso V, perguntar ao representado e aos seus responsáveis legais, durante a entrevista pessoal e reservada após o término da audiência, sobre a existência de testemunhas de defesa a serem arroladas, as quais deverão ser indicadas, oportunamente, na defesa prévia.

Art. 141. Caso alguma testemunha não compareça à audiência em continuação, analisar a regularidade da intimação.

Parágrafo único. Verificada a irregularidade da intimação e sendo imprescindível o depoimento da testemunha, a audiência deverá ser redesignada, vedada a possibilidade de condução coercitiva.

Art. 142. Nos crimes em que há vítimas, caso alguma delas não compareça à audiência em continuação, avaliar a pertinência na insistência de sua oitiva em face do acervo probatório, lembrando que o ônus da prova da imputação constante na representação recai sobre o Ministério Público.

Art. 143. Iniciada a audiência em continuação, recomenda-se:

I – zelar para que a testemunha não manifeste suas apreciações pessoais, conforme art. 213, do CPP;

II – manifestar pela aplicação do artigo 211, parágrafo único do CPP, na hipótese prática de perjúrio pela testemunha.

SEÇÃO III DO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA⁴³⁹

Art. 144. A Defensoria Pública atua como órgão de execução ao acompanhar e fiscalizar o cumprimento das medidas socioeducativas pelos socioeducandos, conforme artigos 61, 81-A e 81-B da Lei 7210/84, aplicáveis aos processos de execução de medida socioeducativa pelas técnicas da analogia, da interpretação extensiva e do diálogo das fontes, oficiando em todos os processos de execução e interpondo, quando for o caso, os recursos cabíveis das decisões proferidas pela autoridade judiciária.

§ 1º O defensor público deverá atuar e acompanhar todos os atos do processo de execução de medida socioeducativa, zelando pela regularidade do seu cumprimento, ainda que o socioeducando possua advogado constituído.

§ 2º Caso a Defensoria Pública não esteja sendo intimada de todos os atos processuais, o defensor público deverá officiar ao juízo da execução e solicitar a correção, sem prejuízo de eventuais medidas judiciais cabíveis.

Art. 145. Ao receber os autos do processo de execução de medida socioeducativa, o defensor público deverá conferir se a guia de execução provisória ou definitiva foi regularmente expedida e devidamente instruída, requerendo o que for necessário para correção de eventuais irregularidades ou ilegalidades.

§ 1º A guia de execução deverá conter a qualificação correta do socioeducando, o prazo para cumprimento da medida (no caso da prestação de serviços à comunidade e da liberdade assistida), cópia das peças indispensáveis do procedimento de origem que culminou na aplicação da medida (representação ou concessão de remissão, decisão judicial e relatórios interdisciplinares) e a certidão de antecedentes infracionais atualizada.

⁴³⁹ Para orientações específicas sobre execução penal, remetemos o leitor ao respectivo roteiro prático.



§ 2º Observar a certidão de antecedentes infracionais e verificar a data da aplicação da medida socioeducativa, a fim de se aferir a ocorrência da prescrição da pretensão executória socioeducativa ou eventual duplicidade de procedimentos.

Art. 146. Manter planilha atualizada de acompanhamento da execução da medida socioeducativa, de maneira a organizar as atividades funcionais e evitar desrespeito aos prazos previstos no ECA e na Lei 12.594/12.

Art. 147. Requisitar aos centros socioeducativos de internação e unidades de semiliberdade informações mensais a respeito da entrada e saída de socioeducandos, de maneira a alimentar a planilha, enviando à comarca de destino as informações existentes no caso de eventual transferência.

Art. 148. Ao analisar os processos de execução de medidas socioeducativas, sugere-se ao defensor público, sem prejuízo de outros pontos:

I – verificar a regularidade da guia ou das guias de execução;

II – analisar eventual ocorrência da prescrição da pretensão executória socioeducativa⁴⁴⁰;

III – zelar pelos direitos garantidos ao socioeducando;

IV – zelar pela elaboração e juntada aos autos do plano individual de atendimento (PIA), dentro do prazo legal de 45 (quarenta e cinco) dias previsto no artigo 55, parágrafo único da Lei do SINASE, para os casos de internação e semiliberdade e dentro do prazo legal de 15 (quinze) dias previsto no artigo 56 do mesmo diploma legal, para os casos de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida;

V – pugnar pela elaboração e envio periódico de relatório interdisciplinar acerca da evolução do socioeducando no cumprimento da medida, lembrando-se do prazo máximo de seis meses para a reavaliação da medida⁴⁴¹;

VI – zelar pela estrita observância dos prazos máximos de cumprimento das medidas, bem como pelo limite etário obrigatório de 21 (vinte e um) anos;

VII – fiscalizar se os centros socioeducativos de internação estão cumprindo todas as suas obrigações legais previstas no art. 94 do ECA;

VIII – verificar a possibilidade de requerimento de extinção da execução da medida socioeducativa, ocorrendo alguma das hipóteses previstas no artigo 46 da Lei do SINASE.

Parágrafo único. Observar que, para fins de análise da ocorrência da prescrição da pretensão executória socioeducativa, com o advento do enunciado nº 338 da súmula de jurisprudência predominante do STJ, o instituto da prescrição passou a ter ampla aplicação, devendo-se levar em conta, também, os mecanismos de contagem do prazo instituídos pelo

⁴⁴⁰ Súmula 338 do STJ: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas.” (Terceira Seção, julgado em 09/05/2007, DJ 16/05/2007, p. 201.)

⁴⁴¹ Artigos 94, XIV, 121, §2º, ambos do ECA e artigo 42 da Lei do SINASE.

Código Penal, incluindo o redutor etário previsto no art.115, o qual reduz pela metade os prazos prescricionais quando o autor possuir menos de 21 anos ao tempo do fato.⁴⁴²

Art. 149. Caso o socioeducando resida em comarca diversa da que estiver tramitando o processo de execução, o defensor público deverá requer o envio dos autos à comarca de residência do jovem, com base no artigo 147, §2º do ECA, bem como no artigo 11, §1º da Resolução 165/2012 do CNJ.

Art. 150. O defensor público deverá realizar inspeções e visitas mensais aos centros socioeducativos de internação provisória e definitiva, bem como às unidades de semiliberdade, conforme normas da Lei Orgânica Nacional e Estadual, e de acordo com as orientações e recomendações da Corregedoria.

SEÇÃO IV DAS AUDIÊNCIAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Art. 151. O defensor público sempre participará das audiências nos processos de execução, inclusive nos casos de comparecimento ou não de advogado constituído, pois a Defensoria Pública atua como órgão de execução ao acompanhar e fiscalizar o cumprimento das medidas socioeducativas pelos socioeducandos, conforme artigos 61, 81-A e 81-B da Lei 7210/84, aplicáveis aos processos de execução de medida socioeducativa pelas técnicas da analogia, da interpretação extensiva e do diálogo das fontes.

Art. 152. Caso o socioeducando solto e seus responsáveis não compareçam à audiência, observar o disposto no at.138.

Art. 153. Sugere-se ao defensor público:

I – entrevistar-se pessoal e reservadamente com o socioeducando e seus responsáveis legais antes do início das audiências, identificando-se e explicando sobre o andamento do processo de execução, bem como sobre o tipo de audiência que será realizada e demais informações pertinentes;

II – entrevistar-se pessoal e reservadamente com o socioeducando e seus responsáveis legais após o término das audiências, informando sobre as próximas fases processuais e sanando eventuais dúvidas.

Art. 154. Na audiência de justificação e reavaliação, recomenda-se:

I – formular ao socioeducando as perguntas sobre os fatos que entender pertinentes para a elaboração da defesa técnica;

⁴⁴² Artigo 115 do Código Penal: “São reduzidos de ½ (metade) os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.”

“...Por equiparação, é reduzido de metade o prazo da prescrição quando o agente era, ao tempo do fato, menor de vinte e um anos. Assim a medida sócio-educativa prescreveu em 18/2/2005.” HC 45.667-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 27/10/2005.



II – formular ao socioeducando e aos pais ou responsáveis perguntas sobre a situação social/pessoal/familiar do adolescente;

III – requerer, ao final, que seja considerado justificado o descumprimento da medida socioeducativa, sendo concedida nova chance para que o socioeducando retorne ao cumprimento da medida;

IV – requerer, nos casos de descumprimento reiterado e injustificável da medida, na forma do art. 122, III, §1º do ECA, que seja aplicada a internação-sanção pelo menor prazo possível;

V – requerer a substituição ou a progressão da medida socioeducativa, quando cabível.

CAPÍTULO IV DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Art. 155. O defensor público deverá atentar para os seguintes entendimentos jurisprudenciais que poderão ser utilizados em favor do representado ou do socioeducando:

I – a ausência ou falha no procedimento de citação dos pais ou responsáveis legais gera a nulidade do procedimento a partir da audiência de apresentação, com fundamento nos artigos 5º, LIV da CRFB e 100, XI e XII, 110 e 184, §1º do ECA⁴⁴³;

II – em procedimento que apura a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, há impossibilidade jurídica de aplicação de medida privativa de liberdade quando não houver reiteração delitiva, pois, além de se tratar de ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, não preenchendo os requisitos do art. 122, I e II, do ECA, deve ser observado o disposto no enunciado 492 da súmula de jurisprudência predominante do STJ⁴⁴⁴.

III – a gravidade em abstrato da conduta não autoriza a aplicação da medida excepcional, devendo cada caso ser analisado de acordo com suas peculiaridades⁴⁴⁵;

IV – os procedimentos em que o adolescente foi beneficiado com a concessão de remissão não podem ser computados para fins de antecedentes⁴⁴⁶;

V – é nula a sentença que aplica indistintamente a medida socioeducativa de internação a vários adolescentes, sem a indispensável análise de suas necessidades pedagógicas, peculiaridades e singularidades, sendo imprescindível a individualização das medidas socioeducativas⁴⁴⁷;

VI – há possibilidade de aplicação de medida socioeducativa diversa da internação a adolescente que praticou ato infracional análogo ao crime de homicídio, quando se tratar

⁴⁴³ TJMG, Apelação Criminal nº 1.0024.10.127359-7/001, Desembargador Relator Hécio Valentim, j. 16/06/11.

⁴⁴⁴ Súmula 492 do STJ: “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.” (Terceira Seção, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012).

⁴⁴⁵ STJ. 5ª T. HC nº 150035/PE. Rel. Min. Jorge Mussi. J. em 19/08/2010.

⁴⁴⁶ STJ. 5ª T. HC nº 166091/MG. Rel. Min. Félix Fischer. J. em 19/08/2010.

⁴⁴⁷ TJPR. 2ª C. Crim. HC-ECA nº 0743893-3, de Pinhão. Rel. Des. Valter Ressel. J. em 17/02/2011.

de ato isolado na vida do jovem e ocorrendo prolongado decurso de tempo desde a prática infracional⁴⁴⁸;

VII – a reiteração na prática de atos infracionais de natureza grave, para fins de incidência do disposto no art. 122, inciso II, da Lei nº 8.069/90, não se confunde com a simples reincidência, sendo admissível a aplicação de medidas privativas de liberdade apenas após restar comprovada a prática de 03 (três) atos de natureza grave (que não envolvam violência ou grave ameaça) distintos⁴⁴⁹;

VIII – não há justificativa para a aplicação da medida socioeducativa de internação quando ocorrer prolongado decurso de tempo desde a prática infracional até a prolação da sentença, devendo a resposta socioeducativa ser dada com o máximo de urgência, sob pena da perda de seu caráter pedagógico⁴⁵⁰;

IX – é possível afastar a incidência da súmula nº 691, do STF, para conhecer e conceder *habeas corpus* a adolescente internado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em desacordo com o disposto no art. 122, da Lei nº 8.069/90⁴⁵¹;

X – há impossibilidade do cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade em estabelecimento prisional⁴⁵²;

XI – há impossibilidade de manutenção da internação, ainda que a título de medida de segurança, após ter o jovem completado 21 anos de idade⁴⁵³;

XII – o adolescente portador de transtorno mental não pode ser submetido a medida socioeducativa de internação, não podendo ser esta imposta com propósito meramente retributivo, devendo o adolescente ser submetido a tratamento psiquiátrico e psicopedagógico em regime ambulatorial⁴⁵⁴;

XIII – o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias para conclusão do procedimento para apuração de ato infracional, estando o adolescente internado provisoriamente, não pode ser extrapolado sob qualquer circunstância, sendo irrelevante a gravidade da infração, o responsável pela demora no julgamento ou qualquer outro fator⁴⁵⁵;

XIV – impossibilidade do decreto de sucessivas internações provisórias a adolescente para justificar a extrapolção do prazo máximo e improrrogável de 45 (quarenta e cinco) dias até a conclusão do procedimento, estando o adolescente privado de liberdade,

⁴⁴⁸ TJPR. 2ª C. Crim. AP. Crim. nº 715.788-6, de Ortigueira. J. em 03/02/2011.

⁴⁴⁹ STJ. 5ª T. R.Esp. nº 1182213/PR. Rel. Min. Gilson Dipp. J. em 16/12/2010. DJe 01/02/2011.

⁴⁵⁰ TJPR. 2ª C. Crim. HCC nº 0759945-9, de Assis Chateaubriand. Rel. Juiz Subst. 2º G. Carlos Augusto A. de Mello. J. em 28/04/2011.

⁴⁵¹ STJ. 5ª T. HC nº 185474/SP. Rel. Min. Gilson Dipp. J. em 07/04/2011.

⁴⁵² STJ. 5ª T. HC nº 180595/MG. Rel. Min. Lurita Vaz. J. em 03/02/2011.

⁴⁵³ STJ. 6ª T. HC nº 113371/PI. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. em 28/04/2009. DJ 18/05/2009.

⁴⁵⁴ STJ. 6ª T. HC nº 88043/SP. Rel. Min. OG Fernandes. J. em 14/04/2009. DJ 04/05/2009.

⁴⁵⁵ STJ. 5ª T. HC nº 131770/RS. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. J. em 26/05/2009. DJ 29/06/2009.



por flagrante violação ao disposto nos arts. 108, *caput* e 183, da Lei nº 8.069/90, bem como dos princípios que regem a atuação da justiça da infância e da juventude diante da prática de ato infracional por adolescente⁴⁵⁶;

XV – impossibilidade de decretação de internação provisória apenas com base na gravidade abstrata da conduta, devendo ser demonstrada a necessidade imperiosa da medida, dado seu caráter extremo e excepcional⁴⁵⁷;

XVI – há necessidade de imediatidade entre a prática do ato infracional e a resposta socioeducativa, não havendo que se falar em decretação de internação provisória meses após a prática do ato infracional⁴⁵⁸;

XVII – uma vez cumpridos os objetivos da medida socioeducativa, a progressão de medida não pode ser arbitrariamente negada pela autoridade judiciária, sob o argumento de que o socioeducando possui “extensos antecedentes” e não tem onde morar⁴⁵⁹;

XVIII – a gravidade genérica da conduta não pode ser invocada para impedir a progressão de medida socioeducativa, dadas as normas e princípios, inclusive de ordem constitucional, aplicáveis à matéria⁴⁶⁰;

XIX – é cabível o ajuizamento de Ação Civil Pública visando a condenação do poder público à implantação de programa destinado ao atendimento individualizado e especializado de adolescentes autores de atos infracionais portadores de problemas mentais ou transtornos psiquiátricos graves, nos moldes do previsto no art. 112, §3º, da Lei nº 8.069/90⁴⁶¹;

XX – impossibilidade da regressão da medida socioeducativa em execução, para a medida de internação, como resultado do descumprimento daquela, sem a prévia oitiva do adolescente, não bastando a simples advertência acerca das consequências do descumprimento, quando da progressão de regime⁴⁶²;

XXI – é cabível a aplicação do princípio da insignificância no procedimento para apuração da prática de ato infracional atribuído a adolescente⁴⁶³;

XXII – há necessidade de que as medidas socioeducativas sejam aplicadas de forma individualizada, considerando a situação jurídica e psicossocial de cada adolescente, sendo perfeitamente admissível a aplicação de medidas diversas a adolescentes que praticaram o mesmo ato infracional⁴⁶⁴.

⁴⁵⁶ TJPR. 2ª C. Crim. HC-ECA nº 0612782-0, de Santo Antônio da Platina. Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida. Unânime. J. em 01/10/2009.

⁴⁵⁷ STJ. 5ª T. HC nº 115979/RS. Rel. Min. Jorge Mussi. J. em 01/10/2009.

⁴⁵⁸ TJPR. 2ª C. Crim. HCECA 0617582-0. Rel. Des. Noeval de Quadros. J. em 15/10/2009.

⁴⁵⁹ TJPR. 2ª C. Crim. HC-ECA nº 0587240-6, de Pitanga. Rel.: Juíza Subst. 2º G. Lilian Romero. J. em 09/07/2009.

⁴⁶⁰ STJ. 5ª T. RHC nº 25248/PI. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. J. em 27/04/2009. DJ 25/05/2009.

⁴⁶¹ STJ. 2ª T. R.Esp. nº 970401/RS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. em 02/12/2010.

⁴⁶² STJ. 6ª T. HC nº 116205/RS. Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. Convocado do TJ/CE). J. em 23/11/2010.

⁴⁶³ STJ. 6ª T. HC nº 193787/RS. Rel. Min. Haroldo Rodrigues. J. em 12/04/2011.

⁴⁶⁴ TJMG. 7ª C. Cív. Ap. Crim. nº 1.0024.10.126517-1/001. Rel. Des. Cássio Salomé. J. em 12/05/2011.

Parte Segunda: LIVRO V – Da Atuação na Infância e Juventude
7.2

TÍTULO II DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA NA INFÂNCIA E JUVENTUDE – INFRACIONAL – CÍVEL

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 156. Influenciar no desenvolvimento de políticas públicas para a criança, para diminuir a necessidade de ajuizamento de ações judiciais⁴⁶⁵.

Art. 157. Observar que a criança e o adolescente são sujeitos dos direitos previstos na Constituição da República, nas Convenções e Tratados Internacionais e nas Leis internas, em contraposição à antiga concepção de objeto de direitos, vigente à época do antigo Código de Menores.

Art. 158. Observar o protagonismo da criança e do adolescente em todas as instâncias judiciais e extrajudiciais, velando pela sua participação nos processos, pela consideração de suas necessidades na elaboração de políticas públicas e pelo seu acesso à informação.

Art. 159 Sempre que houver dúvida na interpretação de uma norma, valer-se do princípio da proteção integral e prioritária dos direitos das crianças e adolescentes para solucionar o conflito.

Art. 160. Zelar pela observância do art. 141 do ECA, com a garantia de acesso de toda criança e adolescente à Defensoria Pública.

Art. 161. Observar as orientações funcionais da Corregedoria Geral da Defensoria Pública em matéria de Infância e Juventude:

I – OF Nº 06: Atuação institucional em favor de cidadãos dotados de suficiência financeira – justificativa pautada no estado de vulnerabilidade e hipossuficiência do objeto da pretensão – processo de adoção de menores carentes – irrazoabilidade – desvio de finalidade – impossibilidade de se confundir política social de governo com finalidade institucional de estado.

⁴⁶⁵ Resolução administrativa de conflitos, encaminhamentos para a rede de atendimento.



II – OF Nº 37: Infância e juventude e curador para velar pelos interesses da criança e do adolescente – a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente vocacionada à prestação de assistência jurídica aos necessitados – necessidade que não se restringe à capacidade econômica das partes, possuindo outras vertentes, como a vulnerabilidade técnica e jurídica – assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado a ser exercida necessariamente pela Defensoria Pública, nos termos do disposto no artigo 4º, §5º, da Lei Complementar 80/94 – acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, a teor do disposto no artigo 141, Caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente – função institucional de atuar na qualidade de curador especial, consoante se extrai dos artigos 5º, VIII, da Lei Complementar 65/03 e 4º, XI e XVI, da Lei Complementar 80/94 – artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de 1989, artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e artigo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, igualdade na relação processual, respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, direito de a criança ou o adolescente serem ouvidos nos processos judiciais e administrativos que lhes respeitem, seja diretamente, seja por meio de representante ou de instituição adequada – recomenda-se ao Defensor Público a atuação na qualidade de curador especial de crianças e adolescentes, inclusive, nos casos de acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do disposto nos artigos 142, parágrafo único, e 148, parágrafo único, “f”, do estatuto da criança e do adolescente e 9º, inciso I, do código de processo civil.

Art. 162. Atentar para a competência residual da vara da infância e juventude em relação à vara de família, para as ações judiciais elencadas no art. 148, parágrafo único do ECA, procedendo-se ao cadastro e atendimento do assistido apenas após averiguada a configuração da situação de risco conforme art. 98 do mesmo diploma.

CAPÍTULO II DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Art. 163. Procurar manter estreito contato com os Conselhos Tutelares, secretarias municipais e estaduais de saúde e educação, projetos e programas governamentais ou da sociedade civil organizada, Conselhos Municipal e Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, bem como demais atores da rede para articulação de ações e campanhas ou para a solução extrajudicial de questões trazidas ao conhecimento da Defensoria Pública.

Art. 164. Fornecer atendimento jurídico às crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional ou familiar, periodicamente, *in loco*.

Parágrafo único. Em caso de colidência de interesses entre a criança/adolescente e seus pais ou responsáveis, o defensor público com atribuição para Infância e Juventude deve priorizar o atendimento à criança e ao adolescente, na qualidade de curador especial, com fundamento nos arts. 142, parágrafo único e 148, parágrafo único, alínea “f”, do ECA.

Art. 165. Fiscalizar o cumprimento do prazo máximo de 2 (dois) anos de institucionalização, previsto no art. 19, §2º do ECA.

Art. 166. Mobilizar o sistema de justiça local para que adote o procedimento de audiências concentradas para reavaliação periódica da situação de acolhimento com a presença de juiz, promotor, defensor público, técnicos da instituição, eventuais padrinhos ou família acolhedora, pais biológicos e família extensa, além de representantes da saúde, da educação ou de outros setores governamentais, conforme a exigência específica de cada caso.

Art. 167. Fomentar a criação e/ou ampliação de programas de acolhimento familiar na comarca, para diminuir a institucionalização, cuidando para que não se torne uma via oblíqua para a burla do cadastro de adoção.

Art. 168. Participar das discussões e incentivar a criação de procedimentos de “depoimento especial” de crianças e adolescentes vítimas, com base na Recomendação nº 33 do CNJ.

Art. 169. Estabelecer fluxo com as maternidades públicas para que as mães afastadas dos filhos após o parto em razão do histórico de vivência nas ruas e drogadição sejam encaminhadas à Defensoria Pública para adoção das medidas processuais pertinentes e para encaminhamento a programas sociais.

§ 1º Cuidar para que a retirada dos recém-nascidos do convívio materno se dê de forma criteriosa, afastando-se procedimentos autoritários e preconceituosos.

§ 2º Verificar se a atenção à gestante/puérpera compreende uma intervenção multidisciplinar, considerando-se a complexidade da dependência química, evitando-se que o diagnóstico se preste como fundamento para a destituição do poder familiar, em detrimento da aplicação das medidas de proteção do art. 129 do ECA.

Art. 170. Prestar orientação jurídica aos Conselhos Tutelares, sempre que solicitado, bem como incentivar a qualificação de seus membros.

CAPÍTULO III DA ATUAÇÃO JUDICIAL

SEÇÃO I DOS PEDIDOS DE PROVIDÊNCIA

Art. 171. Zelar pela reavaliação periódica da medida de acolhimento institucional, na forma do art. 19, § 1º c/c art. 153, parágrafo único, do ECA, com envio aos autos de relatórios do abrigo, especialmente sobre as providências adotadas para a reinserção familiar.



Art. 172. Zelar para que o afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem se dê em procedimento contencioso, garantidos a ampla defesa e o contraditório, com oitiva em juízo de todos os envolvidos, sejam as próprias crianças ou adolescentes em situação de risco, sejam seus pais ou representante legal, cuja opinião deverá ser devidamente considerada pela autoridade judiciária, nos moldes do art. 100, XII do ECA.

Art. 173. Requerer o apensamento das ações de providência, destituição do poder familiar, guarda e adoção relativos a uma mesma criança ou adolescente, a fim de evitar decisões conflitantes, bem como o prosseguimento dos processos de colocação em família substituta sem a prévia solução de questões prejudiciais, relativas à família extensa.

Art. 174. Procurar exercer o múnus de Curador Especial na defesa dos interesses individuais e coletivos de crianças e adolescentes, mormente nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 142 e letra “f”, do parágrafo único, do art. 148, c/c art. 98, todos do ECA, atuando como representante processual do infante nos autos dos processos em trâmite, bem como na qualidade de legitimado extraordinário para deflagrar qualquer ação que assegure os interesses destes sujeitos de direitos, garantindo-lhes o pleno acesso à justiça e igualdade na relação processual.

Art. 175. Velar pela reunião do grupo de irmãos na mesma entidade de acolhimento, nos moldes do disposto no Art. 28, § 4º do ECA.

Art. 176. Tomar medidas processuais para promover a manutenção ou reintegração da criança ou do adolescente à família natural ou extensa, em preferência a qualquer outra providência, inclusive a colocação em programa de acolhimento familiar ou institucional.

Art. 177. Pleitear a realização de estudo social, com visita domiciliar e avaliação psicológica, para o completo conhecimento da situação da criança ou adolescente, previamente à adoção de medidas mais drásticas de proteção.

Art. 178. Utilizar-se do quadro técnico da Defensoria Pública, quando possível, para que sejam avaliados e complementados os PIA's apresentados pelas entidades de acolhimento, subsidiando a manifestação do defensor público.

Parágrafo único: Apresentar quesitos ao laudo oficial da entidade ou do setor técnico do juízo e indicar assistente técnico, com base no art. 421, §1º do CPC, opondo embargos de declaração na hipótese de omissão na decisão interlocutória e prequestionando a matéria em caso de apelação.

Art. 179. Construir defesa que proporcione uma compreensão do indivíduo em sua totalidade histórica, social, cultural e psicológica, a fim de desconstruir a visão de criminalização da pobreza e os julgamentos moralistas e discriminatórios, que dificultam a reintegração familiar.

Art. 180. Cuidar para que seja garantida a livre visitação dos parentes às crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional, como expressão do direito à convivência familiar e comunitária menos que haja decisão judicial em contrário.

Art. 181. Pedir o afastamento do agressor do lar em que reside a criança ou adolescente em caso de maus tratos, opressão ou abuso sexual praticados pelos pais ou responsável, nos termos do art. 130 do ECA.

SEÇÃO II DAS AÇÕES DE GUARDA

Art. 182. Nas ações de guarda, deve ser considerado o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da transferência de contexto da criança e do adolescente.

Art. 183. Nos casos de modificação da guarda, pugnar pela oitiva da criança ou adolescente em juízo, desde que possível e razoável.

Art. 184. Sendo impossível a manutenção da criança ou adolescente na família natural em razão de violação aos deveres do poder familiar, diligenciar para a colocação em família extensa ou ampliada, priorizando a colocação na família biológica, levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade a fim de minorar as consequências decorrentes da medida.

SEÇÃO III DOS PEDIDOS DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Art. 185. Fiscalizar a decretação da extinção do poder familiar como medida excepcional, uma vez que a convivência com a família natural e, supletivamente, com a família extensa ou ampliada configura direito fundamental da criança e do adolescente.

Art. 186. Velar pela observância dos requisitos específicos para propositura da ação de destituição do poder familiar pelo Ministério Público:

I – apresentação de laudo pericial da equipe técnica da entidade de acolhimento ou do juízo, elaborado sob o crivo do contraditório, com a constatação da impossibilidade de reintegração familiar da criança ou do adolescente, esclarecendo-se as medidas utilizadas para esgotar os meios de manutenção na família natural ou extensa⁴⁶⁶;

II – decisão fundamentada da autoridade judiciária no sentido da impossibilidade da reintegração familiar⁴⁶⁷.

Art. 187. Arguir a nulidade absoluta de sentença que julga antecipadamente ação de destituição do poder familiar na qual o réu é preso ou revel citado pessoalmente ou por edital, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pugnando pela designação de audiência de instrução e julgamento em que deverá ser apresentada a prova das alegações do Ministério Público, por se tratar de direito indisponível, não sujeito aos efeitos da revelia (art. 320, II do CPC, c/c art. 161, §§1º e 4º do ECA).

⁴⁶⁶ Art. 24, ECA.

⁴⁶⁷ Art. 101, §§ 9º e 10 c/c Art. 19, § 1º do ECA.



Art. 188. Pedir o reconhecimento da nulidade da decisão que indefere requerimento de diligência para localização do réu citado por edital, em observância ao art. 158, §1º do ECA.

SEÇÃO IV DAS AÇÕES DE ADOÇÃO

Art. 189. Ajuizar ação de adoção de menores de 18 (dezoito) anos, zelando pela observância da oitiva obrigatória dos maiores de doze anos:

I – zelar para que haja a prévia destituição do poder familiar, salvo se houver consentimento dos pais biológicos, ratificado em audiência⁴⁶⁸;

II – observar a ordem cronológica de inscrição no cadastro local ou, subsidiariamente, no cadastro nacional, defendendo a adoção fora do cadastro quando houver motivos fáticos que a justifiquem, tais como convivência anterior com os adotantes, parentesco sócio afetivo com os pais biológicos, sempre demonstrando a ausência de acordos ilegítimos para a entrega *intuitu personae* da criança.

Parágrafo único. Pleitear a escuta dos menores de doze anos na medida de sua capacidade de expressão e entendimento.

Art. 190. É possível a postulação de adoção, tutela ou guarda por casais que vivem em união homoafetiva, utilizando-se a analogia com a união estável bem como os novos conceitos de família e parentalidade socioafetiva, em consonância com o princípio do interesse superior da criança e do adolescente⁴⁶⁹.

Art. 191. Em caso de adoção internacional:

I – certificar-se de que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou do adolescente em família extensa ou ampliada ou família substituta brasileira;

II – conferir, antes do início do estágio de convivência, se que a sentença que decretou a extinção do poder familiar transitou em julgado, para se evitar a concretização de situações traumáticas para o adotando.

SEÇÃO V DOS PEDIDOS DE ALVARÁ JUDICIAL

Art. 192. Requerer alvarás judiciais para:

I – hospedagem:

a) na hipótese em que a criança ou adolescente estiver sem certidão de nascimento, comprovar a filiação por outros documentos disponíveis, como cartão de vacina, carteirinha do plano de saúde, carteira de identidade dos pais, dentre outros;

⁴⁶⁸ A cumulação do pedido de adoção com o de destituição do poder familiar é possível nas hipóteses do art. 50, §13 do ECA.

⁴⁶⁹ O art. 42, §2º do ECA exige que haja casamento civil ou união estável entre os postulantes em caso de adoção conjunta, independentemente da orientação sexual.

b) se a criança não estiver acompanhada dos genitores, comprovar relação de parentesco com o responsável ou autorização por escrito do representante legal;

c) explicar os motivos da viagem.

II – trabalho, para os adolescentes entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos, quando o serviço a ser prestado puder ser considerado insalubre, perigoso ou envolver atividade para cujo desempenho o ECA exija expressa autorização judicial;

III – viagem, de acordo com os critérios consolidados na Resolução 131/2011 do CNJ e pugnando pela não incidência da taxa de expedição em vista do disposto no art. 141, § 2º do ECA:

a) nacional: quando a criança ou adolescente estiver desacompanhada de qualquer dos genitores ou parentes colaterais até o terceiro grau (tios), desde que não seja para comarca contígua ou que não haja autorização expressa dos pais ou responsável;

b) internacional: quando a criança ou adolescente estiver acompanhada de apenas um dos genitores sem autorização expressa do outro com firma reconhecida ou quando o acompanhante for estrangeiro residente ou domiciliado no exterior. Cumular com autorização para expedição de passaporte e emissão de visto, quando for o caso.

IV – ingresso em estádios, festas, boates, casas de diversão eletrônica, estúdios audiovisuais, quando não for previamente expedida portaria disciplinando classificação etária e a necessidade de se fazer acompanhado por adulto, bem como a participação em espetáculos e concursos de beleza;

V – visita carcerária: indicar quem acompanhará a criança ou adolescente na unidade prisional, informar se existe autorização expressa dos genitores ou responsável legal e justificar a necessidade de manutenção do vínculo com o preso. Atentar para a alteração legislativa promovida no art. 19 do ECA, com inclusão do §4º que garante a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai em privação de liberdade, acompanhados de responsável⁴⁷⁰ ou de representante da entidade de acolhimento, se estiverem acolhidos, independentemente de autorização judicial;

VI – para garantir a efetivação de quaisquer direitos da criança ou adolescente, obstados administrativamente.

Parágrafo único. Em qualquer das hipóteses de autorização judicial, articular a sua concessão junto ao Comissariado da Infância e Juventude, antes de ingressar com a ação judicial.

SEÇÃO VI DAS AÇÕES COMINATÓRIAS

Art. 193. Demandar por vaga em creche, medicamentos, insumos, próteses, órteses, cirurgias, tratamentos, dentre outros serviços públicos, contra qualquer dos três entes federativos, indistintamente, em nome da responsabilidade primária e solidária do poder público, cabendo a eles promover a compensação das despesas.

⁴⁷⁰ A lei não fala em responsável legal, apenas responsável, razão por que pode ser admitida a visita da criança e do adolescente acompanhados de parentes que não detém a guarda judicial.



Parágrafo único. Quando houver jurisprudência ou norma clara quanto ao responsável primário por determinado serviço, preferir ajuizar a ação diretamente contra este ente, a fim de se evitar debate processual desnecessário.

Art. 194. Nas ações propostas contra a Fazenda Pública, pedir o bloqueio de verba pública em caso de descumprimento da obrigação de fazer imposta judicialmente, com base no art. 461, §5º do CPC.

SEÇÃO VII DA CURADORIA ESPECIAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Art. 195. Acompanhar as crianças e adolescentes em todas as instâncias, em atendimento ao art. 100, parágrafo único, XII do ECA.

Art. 196. Nos processos que demandarem a escuta de crianças vítimas, cuidar para que se priorize a preservação dos seus melhores interesses, em detrimento da necessidade de prova para condenação dos acusados, evitando-se a revitimização.

Art. 197. Observar as diretrizes para escuta especial das crianças e adolescentes vítimas de violência sexual estabelecidas pela “Childhood”, UNICEF e Universidade Católica de Brasília, disponível na página da organização internacional na *internet*⁴⁷¹.

SEÇÃO VIII DOS DEMAIS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS

Art. 198. Deparando-se com a inexistência de registro de nascimento de criança ou adolescente, ajuizar procedimento administrativo para suprir a falta⁴⁷²:

- I** – requerer a juntada da declaração de nascido vivo referente à criança ou ao adolescente;
- II** – na impossibilidade da apresentação da declaração de nascido vivo, postular a expedição de ofício ao hospital ou maternidade em que ocorreu o nascimento solicitando a remessa da segunda via daquele documento;
- III** – na impossibilidade de obtenção da declaração de nascido vivo e não havendo nos autos outros elementos de convicção, requerer a realização de exame de verificação de idade;
- IV** – requerer a oitiva em juízo da pessoa apontada como sendo a mãe ou pai da criança ou do adolescente;
- V** – requerer, se necessário, a oitiva das pessoas que encontraram a criança ou o adolescente, zelando pela produção da prova necessária ao esclarecimento de sua origem.

Parágrafo único. Na dúvida sobre a existência do registro de nascimento da criança ou do adolescente, diligenciar junto a todos os Cartórios de Registro Civil do Estado, requerendo, para tanto, a expedição de ofício à Corregedoria Geral da Justiça.

⁴⁷¹ www.childhood.org.br

⁴⁷² Art. 102 do ECA.

Art. 199. Esgotados os meios de investigação e verificada a inexistência do registro anterior, requerer a lavratura do assento com base nas informações disponíveis.

Art. 200. Requerer a internação terapêutica involuntária ou compulsória do adolescente dependente químico, sempre que esgotadas as tentativas de tratamento voluntário e nos casos em que houver recomendação médica, demonstrando o risco que o envolvimento do menor com a substância química acarreta para sua saúde e segurança, com base no art. 6º, incisos, II e III da Lei 10.216/01:

I – tentar previamente o encaminhamento do adolescente para programas comunitários de apoio à desintoxicação que atuem nos territórios de maior incidência de uso de drogas, através da reinserção do jovem na escola, no esporte, na cultura e no lazer ⁴⁷³;

II – esgotadas as tentativas do inciso anterior, argumentar que a internação poderá assumir um caráter transitório, até que o adolescente recupere o discernimento para aderir ao tratamento voluntário, mais recomendável em razão dos melhores índices de eficácia na recuperação;

III – diante da escassez de estabelecimentos adequados ao tratamento de adolescentes dependentes químicos em regime de internação involuntária ou compulsória, procurar traçar estratégias em parceria com os governos local e estadual, influenciando nas políticas públicas de combate à dependência química.

Art. 201. Ajuizar pedido de curatela especial administrativa sempre que a criança ou adolescente se vir desprovido de representante legal hábil a referendar a assinatura ou rescisão do contrato de trabalho, abertura de conta bancária para recebimento dos salários, efetivação da matrícula escolar ou quaisquer outros atos da vida civil que exijam representação ou assistência⁴⁷⁴:

I – a mera conveniência dos genitores ou do representante legal em preferir que outrem represente a criança ou adolescente na prática do ato, ainda que inexista óbice de natureza física ou psicológica para a sua presença, não configura motivo suficiente para a nomeação de terceiro como curador especial;

II – nos casos em que a curatela especial administrativa se impuser em razão de inexistência permanente de representante legal da criança ou adolescente, orientar o guardião de fato a regularizar a situação por meio do ajuizamento de ação de guarda no juízo competente.

Art. 202. Pedir o suprimento nas hipóteses do art. 98 c/c art. 148, parágrafo único, alínea c) do ECA:

I – de consentimento para casamento, quando um dos genitores está ausente, impossibilitado de prestar assistência ao ato ou quando discorda da celebração do matrimônio, nos moldes do art. 1.519 do CCB;

II – de idade núbil para os menores de dezesseis anos, nos casos do art. 1.520 do CCB.

⁴⁷³ A exemplo do Instituto Ajudar, na capital, com busca ativa em sua residência.

⁴⁷⁴ Prática deferida pelo Prêmio Innovare 2013 sob a denominação Curatela Administrativa de Criança e Adolescente.



Parte Segunda: LIVRO VI – DA ATUAÇÃO EM FAVOR DA PESSOA IDOSA
E DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

8.1

TÍTULO ÚNICO
DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA DO IDOSO E
DO DEFICIENTE

CAPÍTULO I
DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DAS PESSOAS IDOSAS

SEÇÃO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 203. Os direitos das pessoas idosas estão compilados na Lei nº 10.741/03, chamada “Estatuto do Idoso”, sem prejuízo de outros previstos na CR/88 e em legislação esparsa.

Art. 204. Com o intuito de se afastar preconceitos e rotulações, recomenda-se a utilização da nomenclatura “pessoa idosa”, ao invés de “velho”, “velhinho”, “terceira idade”, “melhor idade” e “idoso”.

Art. 205. A atuação da Defensoria Pública na defesa das pessoas idosas, nos âmbitos judicial ou extrajudicial, deve se pautar pela valorização das potencialidades e a inclusão social e conscientização das pessoas idosas.

SEÇÃO II
DOS CONFLITOS FAMILIARES A ENVOLVER PESSOA IDOSA

Art. 206. Caracterizam conflitos familiares e envolver pessoa idosa, dentre outros, as seguintes hipóteses:

I – desacordo familiar com relação aos cuidados à pessoa idosa: em geral, ocorre no caso de pessoa idosa que não está mais lúcida e/ou encontra-se sem condições de se cuidar. Na mediação, sugere-se propor uma escala entre os familiares para a prestação de cuidados pessoais à pessoa idosa;

II – abandono de pessoa idosa: trabalha-se a conscientização do familiar em relação aos seus deveres de cuidado à pessoa idosa, sugerindo a prestação de cuidados pessoais e/ou prestação de auxílio financeiro. O envolvido é advertido das consequências cíveis e criminais de seus atos e omissões;

III – violência contra a pessoa idosa: caso a violência seja psicológica ou financeira, é possível realizar a mediação, como tentativa inicial para solução do conflito. Em caso de violência física, porém, recomenda-se encaminhamento à delegacia local para registro de ocorrência e ajuizamento de medida protetiva em favor da pessoa idosa.

SEÇÃO III

DA VAGA EM INSTITUIÇÃO DE LONGA PERMANÊNCIA PARA PESSOA IDOSA (ILPI)

Art. 207. O defensor público deve zelar para que os cuidados à pessoa idosa sejam proporcionados no âmbito familiar, constituindo a institucionalização uma medida excepcional⁴⁷⁵.

Art. 208. A institucionalização somente é recomendada para indivíduos com redução na capacidade funcional ou doença crônica, em situação financeira precária, sem família e/ou em condições de maus-tratos familiares.

Art. 209. Recomenda-se que a judicialização de pedido de vaga em Instituição de Longa Permanência (ILPI) para idosos somente deva ocorrer depois de esgotadas todas as tentativas de acolhimento da pessoa idosa no âmbito familiar.

§ 1º Recomenda-se, inicialmente, o encaminhamento da família à assistência social do Município, para acompanhamento do caso e verificação da necessidade de institucionalização, com pedido de envio de relatórios à Defensoria Pública⁴⁷⁶.

§ 2º O pedido deve ser muito bem fundamentado, pois o número de vagas nas instituições existentes é insuficiente para atender à demanda.

SEÇÃO IV

DA DISPONIBILIZAÇÃO DE CUIDADOR PARA PESSOA IDOSA POR PARTE DO PODER PÚBLICO

Art. 210. A judicialização do pedido de disponibilização de cuidador para pessoa idosa por parte do Poder Público se constitui em medida alternativa ao pedido de vaga em instituição de longa permanência, visto que propicia um auxílio no cuidado intensivo à pessoa idosa, ao mesmo tempo em que viabiliza sua manutenção no ambiente familiar.

SEÇÃO V

DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Art. 211. O benefício de prestação continuada de assistência social (BPC), assegurado pela CR/88, garante a transferência mensal de 1 (um) salário mínimo à pessoa idosa (65 anos ou mais), que comprove não possuir meios para prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família e cuja renda per capita familiar seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo vigente.

Art. 212. O BPC é um benefício individual, não vitalício e intransferível, que integra a Proteção Social Básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

⁴⁷⁵ Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso, e Lei nº 8.842/94 – Política Nacional do Idoso.

⁴⁷⁶ TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0133.13.003972-9/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Armando Freire, DJ: 28/05/2014



Art. 213. Para ter acesso ao BPC, não é necessário que o beneficiário já tenha contribuído para a Previdência Social.

Art. 214. O BPC não pode ser cumulado com outro benefício no âmbito da Seguridade Social (como, por exemplo, aposentadoria e pensão), exceto com benefícios da assistência à saúde e pensões especiais de natureza indenizatória.

CAPÍTULO II DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

SEÇÃO I DO CONCEITO, NOMENCLATURA CORRETA E TIPOS DE DEFICIÊNCIA

Art. 215. O defensor público deve atentar para o fato de que o conceito atual de pessoa com deficiência é mais social do que decorrente de diagnóstico médico, ou seja, verifica-se a deficiência fazendo a seguinte correlação: impedimento apresentado pelo cidadão somado às barreiras que ele encontra na sociedade que o cerca⁴⁷⁷.

Art. 216. A nomenclatura correta para designar as pessoas que apresentam algum tipo de deficiência é “pessoa com deficiência.”

Parágrafo único. Estão incorretos, dentre outros, os termos “deficiente”, “portador de deficiência”, “portador de necessidades especiais”, “pessoa com necessidades especiais”.

Art. 217. A deficiência é classificada da seguinte forma:

I – deficiência auditiva, também designada de surdez, relacionada à perda bilateral, parcial ou total de pelo menos 41 (quarenta e um) decibéis de capacidade auditiva, sendo aferida por audiograma. Estas pessoas podem ser chamadas de surdas ou de pessoas com deficiência auditiva;

II – deficiência visual, também chamada de cegueira, é caracterizada na hipótese de, mesmo com a melhor correção óptica (uso de óculos, lentes, etc.), a pessoa apresentar visão menor que 10% (dez por cento) no melhor olho ou caso o campo visual for de até 20 (vinte) graus. Estas pessoas podem ser chamadas de cegas ou de pessoas com deficiência visual;

III – deficiência intelectual é aquela em que a pessoa precisa de mais tempo para aprender, entender e desempenhar as tarefas cotidianas;

IV – deficiência física é qualificada como a perda ou redução do funcionamento de um ou mais membros do corpo humano, dificultando ou impedindo o exercício de atividades corriqueiras e manifesta-se das seguintes formas:

a) amputação: perda total ou parcial de um determinado membro ou seguimento de membro;

b) paraplegia: perda total das funções motoras dos membros inferiores;

⁴⁷⁷ Convenção Internacional sobre pessoas com deficiência da ONU, introduzida na legislação brasileira pelo Decreto 6949/2009.

- c)** paraparesia: perda parcial das funções motoras dos membros inferiores;
- d)** monoplegia: perda total das funções motoras de um só membro (inferior ou superior);
- e)** monoparesia: perda parcial das funções motoras de um só membro (inferior ou superior);
- f)** tetraplegia: perda total das funções motoras dos membros inferiores e superiores;
- g)** tetraparesia: perda parcial das funções motoras dos membros inferiores e superiores;
- h)** triplegia: perda total das funções motoras de três membros;
- i)** triparesia: perda parcial das funções motoras de três membros;
- j)** hemiplegia: perda total das funções motoras de um hemisfério do corpo (direito ou esquerdo);
- k)** hemiparesia: perda parcial das funções motoras de um hemisfério do corpo (direito ou esquerdo);
- l)** ostomia: abertura na parede abdominal para a adaptação de bolsa de fezes e ou urina;
- m)** paralisia cerebral ou paralisia motora: lesão de uma ou mais áreas do sistema nervoso central, tendo como consequência alterações psicomotoras, podendo ou não causar também deficiência intelectual;
- n)** nanismo: deficiência acentuada no crescimento, considerado deficiência física pelo Decreto Federal 3.298/1999 na hipótese de a pessoa ter estatura abaixo de um metro e quarenta centímetros.

V – deficiência múltipla é a associação de mais de um tipo de deficiência, como por exemplo, deficiência física e deficiência intelectual.

Parágrafo único. O transtorno do espectro do autismo, caracterizado por prejuízos de interação social e na comunicação e por interesse em atividades repetitivas e restritas, além de comportamentos estereotipados, é equiparado à deficiência intelectual pela Lei Federal 12.764/2012, assegurando às pessoas que apresentem tais transtornos todos os direitos garantidos às pessoas com deficiência.

SEÇÃO II DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Art. 218. O defensor público deve assegurar à pessoa com deficiência o direito de ser incluída na rede regular de ensino, mesmo no caso de pessoa com deficiência intelectual⁴⁷⁸.

Parágrafo único. A família de alunos com deficiência tem o direito de escolher entre a inclusão da pessoa com deficiência na rede regular de ensino ou sua matrícula em escola especial⁴⁷⁹.

Art. 219. No caso de o aluno com deficiência ou sua família optar pela inclusão em uma escola regular, deve o defensor público exigir do ente público ou da direção da escola particular a realização de toda e qualquer adaptação que se fizer necessária para o seu máximo desenvolvimento pedagógico e social⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Art. 208, III, da CR/88.

⁴⁷⁹ Art. 58 da Lei 9394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

⁴⁸⁰ Art. 59 da Lei 9394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação.



Parágrafo único. Em razão do diferente ritmo de desenvolvimento da pessoa com deficiência intelectual, pode ser pedida sua retenção em determinadas séries, até que ele atinja o desenvolvimento adequado para a série seguinte.

Art. 220. O poder público tem a obrigação de manter em funcionamento escolas especiais adequadas para o recebimento de alunos com deficiência que não tenham condições de se adaptar às escolas regulares, podendo ser pedida judicialmente a abertura de tais vagas, bem como a responsabilização do agente público que não disponibilizar tais vagas.

Art. 221. É dever de cada um dos entes públicos arcar com os custos integrais do transporte escolar relativo à sua respectiva rede de educação, inclusive transporte adaptado no caso de aluno com deficiência^{481 482}.

SEÇÃO III DO PASSE LIVRE NO TRANSPORTE PÚBLICO

Art. 222. O defensor público deve verificar junto ao Poder Público se, em seu município de atuação, existe lei concedendo o passe livre para as pessoas com deficiências no transporte público urbano.

Art. 223. No caso de existir tal lei, deve verificar se há algum tipo de regulamentação e zelar para que tal regulamentação não crie subtipos de deficiência com o fim de dificultar o acesso ao benefício.

Art. 224. No Estado de Minas Gerais, a pessoa com deficiência cuja renda seja de até dois salários mínimos tem direito ao passe livre no transporte público intermunicipal, que é fornecido pelo SINDPASS⁴⁸³.

Art. 225. A pessoa com deficiência também tem direito ao passe livre no transporte público interestadual, que é fornecido pelo Ministério dos Transportes⁴⁸⁴.

SEÇÃO IV DO CONCURSO PÚBLICO

Art. 226. O defensor público deve zelar para que os concursos públicos realizados dentro de sua comarca de atuação assegurem o percentual de vagas destinadas à pessoa com deficiência, que, no caso dos concursos realizados pelo Estado de Minas Gerais, é de 10% (dez por cento) do número total de vagas, de acordo com a Lei Estadual n. 11.867/95.

⁴⁸¹ Lei Federal 10.709/2003.

⁴⁸² TJMG – Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.09.566746-5/002 e 5667465-65.2009.8.13.0024 (1).

⁴⁸³ Lei 21.121/2013.

⁴⁸⁴ Jurisprudência – TJMG – Apelação Cível 1.0479.13.010334-0/001 e 0103340-87.2013.8.13.0479 (1).

Art. 227 O defensor público deve zelar, ainda, para que a exclusão das vagas para pessoa com deficiência em concurso público ocorra tão somente por necessidade específica do cargo que impeça faticamente o acesso dessas pessoas ou o desempenho das funções.

Art. 228. A pessoa com deficiência tem direito a concorrer às vagas reservadas, ainda que sua deficiência não acarrete dificuldade no exercício da específica função pleiteada.

SEÇÃO V DA ACESSIBILIDADE

Art. 229. No exercício de suas funções, o defensor público deve atuar, de preferência extrajudicialmente, no sentido de garantir que os prédios públicos ou de uso coletivo da comarca tenham plena e irrestrita acessibilidade aos assistidos com mobilidade limitada, de acordo com o que dispõe a Lei 10.098/00.

Parágrafo único. O defensor público deve zelar para que os prédios públicos da comarca garantam aos cidadãos com deficiência, além da acessibilidade a suas dependências, acesso autônomo ao uso dos serviços oferecidos por aquele determinado órgão.

Art. 230. No caso de se mostrar inviável a solução extrajudicial, deverá o defensor público ajuizar ação civil pública para a garantia da acessibilidade dos prédios públicos da comarca, utilizando preferencialmente como prova laudo pericial de engenharia⁴⁸⁵.

SEÇÃO VI DA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA NA COMPRA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

Art. 231. O defensor público deve garantir aos assistidos com deficiência a isenção do IPI, do ICMS e do IPVA na compra de veículos automotores.

Art. 232. O assistido tem direito à isenção em comento mesmo que não seja o futuro motorista do veículo, bastando que este seja registrado em seu nome⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ TJMG – Ap Cível/Reex Necessário 1.0518.13.014728-4/001 e 0147284-22.2013.8.13.0518 (1).

⁴⁸⁶ TJMG – Apelação Cível 1.0342.12.007513-6/001 e 0075136-90.2012.8.13.0342 (1) / TJMG – Apelação Cível 1.0525.12.006421-3/003 e 0064213-38.2012.8.13.0525 (1).



Parte Segunda: LIVRO VII – DA ATUAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

9.1

TÍTULO ÚNICO DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA DO CONSUMIDOR

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 233. A atuação do defensor público na área da defesa do consumidor deve se pautar pelos princípios da transparência, informação, prevenção e educação para o consumo.

Art. 234. Como medida extrajudicial, o defensor público deve buscar conscientizar os assistidos sobre a educação do consumo adequado de bens e serviços, com uma mensagem de parcimônia e sobriedade diante da sociedade de consumo atual.

§ 1º A prevenção deve ser ressaltada a todo o momento para que se evite o máximo possível a judicialização de questões.

§ 2º A utilização das prerrogativas legais do defensor público no intuito de dar efetividade às suas atribuições extrajudiciais deve, sempre que possível, ser utilizada.

Art. 235. A formalização e a ampliação de termos de cooperação técnica com os Procons e demais órgãos de defesa do consumidor deve ser meta constante do defensor público, para que se propicie a efetivação de soluções extrajudiciais dos atendimentos e demandas ligados à área de defesa do consumidor.

Art. 236. O defensor público deverá viabilizar mecanismos de contato direto do assistido com fornecedores, sobretudo com aqueles detentores de posição dominante no mercado.

CAPÍTULO II DO ATENDIMENTO E DAS MEDIDAS EXTRAJUDICIAIS

Art. 237. O defensor público, ao ouvir as razões e pleitos expostos pelo assistido, deverá questioná-lo a respeito dos pontos não suficientemente esclarecidos, bem como, analisar minuciosamente a documentação que lhe é apresentada.

Parágrafo único. Na hipótese de recusa de atendimento, o defensor público deve comunicar o fato à Defensoria Pública Geral, com as razões de seu procedimento⁴⁸⁷.

Art. 238. Quando do atendimento aos assistidos, o defensor público fará a análise da viabilidade de solução extrajudicial e, ao reconhecê-la, buscará aplicar a respectiva solução, precipuamente por meio das práticas dispostas no capítulo anterior.

§ 1º O atendimento dar-se-á com o fim de evitar demandas, orientar sobre o consumo sustentável, e procurar aclarar o assistido/consumidor quanto a terminologias bancárias e contratuais.

§ 2º Na hipótese de o assistido não ter qualquer tipo de documentação referente ao negócio jurídico ou evento com reflexos jurídicos, o defensor público deverá buscar previamente ter acesso aos mesmos para fins de análise de viabilidade da ação.

§ 3º O defensor público deverá, por meio de notificações extrajudiciais, amealhar documentação necessária a prevenir o dano ou, caso não seja possível preveni-lo, viabilizar aumento do *quantum* reparatório, em razão da recusa do fornecedor em atender à demanda do assistido.

§ 4º O defensor público deverá entregar ao assistido uma via do pedido de requisição administrativa ou da notificação extrajudicial, nas quais deve constar expressamente a necessidade de envio da resposta à Defensoria Pública e ao próprio assistido.

§ 5º Vencidas as etapas anteriores, recomenda-se ao defensor público elaborar minuta de acordo, com a finalidade de composição extraprocessual da questão, sempre na preservação dos interesses do assistido, na forma do artigo 585, inciso II, CPC.

§ 6º Na hipótese de vislumbrar a viabilidade de ação coletiva⁴⁸⁸, recomenda-se ao defensor público buscar, quando possível, uma rede de diálogo com os demais órgãos de proteção ao consumidor e com a Defensoria Especializada do Consumidor, por força do disposto no artigo 93, II, do CDC e para elaboração de Termo de Ajustamento de Conduta.

Art. 239. Quando identificada a inviabilidade de solução extrajudicial, o defensor público buscará orientar seu atendimento, no sentido de qualificar a postulação judicial que se fará necessária.

§ 1º Apesar de o CDC prever a inversão do ônus da prova, deve o defensor público providenciar o mínimo necessário de provas acerca do fato, com a finalidade de verificar a viabilidade da ação.

§ 2º O defensor público verificará qual o juízo competente para conhecimento da causa, em razão da complexidade do fato, prestando esta informação ao assistido.

⁴⁸⁷ Art.74, XIV LCE 65/03 c/c art.4º-A, III da LCF 80/94.

⁴⁸⁸ Para orientações específicas sobre tutela coletiva, remetemos o leitor ao respectivo roteiro prático.



CAPÍTULO III DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Art. 240. Na hipótese de baixa probabilidade de sucesso da demanda, recomenda-se ao defensor público que elabore termo de ciência, com assinatura do assistido, e o arquive na respectiva pasta.

§ 1º Caso a inicial contenha fatos que possam prejudicar juridicamente o assistido, recomenda-se que seja colhida a assinatura do assistido no corpo da petição.

§ 2º Recomenda-se ao defensor público indicar, na própria petição inicial, o rol de testemunhas.

SEÇÃO I DAS ESPÉCIES DE AÇÕES MAIS COMUNS E INSTRUÇÕES BÁSICAS

Art. 241. As ações mais comuns são aquelas relacionadas a estabelecimentos de ensino, planos de saúde, contratos bancários, seguradoras, responsabilidade civil do fornecedor e fornecimentos de água e energia elétrica.

§ 1º Nas ações que tenha por objeto o fornecimento de energia elétrica e água, deverá o defensor público verificar a existência de apuração da concessionária, formalizada por meio de termo de ocorrência de irregularidade.

§ 2º Verificada a existência do termo aludido no parágrafo anterior, deverá o defensor público requerer sua juntada no processo, para comprovar a violação do princípio do contraditório, em razão do caráter unilateral da apuração da irregularidade.

SUBSEÇÃO I DAS AÇÕES ENVOLVENDO DIREITO DO CONSUMIDOR NA ÁREA DE SAÚDE⁴⁸⁹

Art. 242. Nas ações a envolver plano de saúde, especialmente aquelas relacionadas à negativa de atendimento, são necessários os seguintes documentos:

I – contrato de plano de saúde;

II – laudo médico com esclarecimento da condição clínica do assistido, qual o tratamento proposto e a urgência na realização do procedimento médico indicado;

III – negativa do plano de saúde.

§ 1º Recomenda-se que, na medida do possível, o laudo médico seja elaborado e subscrito por médico (s) integrante do corpo clínico da operadora que se recusa a prestação à saúde.

§ 2º Em se tratando de contrato coletivo de prestação de assistência à saúde, recomenda-se ao defensor público que solicite ao assistido as posteriores alterações do contrato, além de atas de reuniões entre operadora e pessoa jurídica e prévia comunicação aos beneficiários do plano.

⁴⁸⁹ Para orientações específicas sobre direito sanitário, remetemos o leitor ao respectivo roteiro prático.

§ 3º Na hipótese de suposto aumento abusivo de mensalidade em plano de saúde coletivo, recomenda-se ao defensor público que solicite do assistido cópia da planilha de aumento de despesas, que justificaria a majoração de mensalidade firmada entre operadora e pessoa jurídica, com a finalidade de averiguar a adequação ou não com a normativa da ANS.

SUBSEÇÃO II

DAS AÇÕES ENVOLVENDO RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROFISSIONAIS LIBERAIS

Art. 243. Nas ações de responsabilidade civil de profissionais de odontologia, são necessários, em regra, os seguintes documentos:

- I** – condição clínica atual da saúde bucal do assistido;
- II** – documentos que comprovem o que seria feito no tratamento dentário e o que foi feito;
- III** – radiografias e fotos, com respectivos laudos médicos;
- IV** – laudo pericial do Conselho Regional de Odontologia, quando possível.

§ 1º Recomenda-se ao assistido que diligencie com outro profissional liberal o apontamento do que é necessário realizar para fins de restauração da saúde bucal, além de apresentar orçamentos para fins de eventual realização do serviço por outro profissional e ou reparação de danos materiais.

§ 2º Em havendo a possibilidade fática recomenda-se a adoção da providência descrita no artigo 244, § 3º.

SUBSEÇÃO III

DAS AÇÕES REFERENTES A CONTRATOS BANCÁRIOS

Art. 244. Nas ações que tenham por objeto a retenção de valores na conta do assistido, são necessários, em regra, os seguintes documentos:

- I** – extratos bancários consolidados dos últimos 12 (doze) meses;
- II** – contracheque dos últimos 12 (doze) meses;
- III** – comprovação de pagamento das despesas mensais de condomínio, água, luz, telefone, supermercado e outras despesas ordinárias, com cópias das contas dos últimos 12 (doze) meses;
- IV** – contratos dos empréstimos bancários feitos pelo assistido;
- V** – comprovação da origem do benefício e/ou provento.

§ 1º Nas ações cujo objeto seja a invalidade de cláusulas contratuais, recomenda-se ao defensor público solicitar do assistido o contrato bancário e o extrato da operação;

§ 2º Caso não seja possível ao assistido fornecedor os documentos elencados no § 1º deste artigo, deve o defensor público notificar extrajudicialmente a instituição bancária para fornecê-los, fixando prazo para tanto.

§ 3º Recomenda-se ao defensor público que, mediante manifestação prévia da Defensoria Pública Geral, celebre Termo de Cooperação Técnica com instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com a finalidade de auxiliá-lo gratuitamente na elaboração de quesitos para perícia ou acompanhamento como assistente do perito.



§ 4º Em ações em que se discuta a abusividade de juros e tarifas bancários, recomenda-se ao defensor público buscar junto ao Banco Central do Brasil, por meio de acesso ao seu endereço eletrônico, os valores da tarifa média de mercado cobrados pelas instituições financeiras, para concretamente apurar a abusividade da cobrança.

SUBSEÇÃO IV DAS AÇÕES ENVOLVENDO RELAÇÃO DE CONSUMO E VEÍCULOS AUTOMOTORES

Art. 245. Nas ações entre consumidores e agência de veículos, especialmente nas questões a envolver responsabilidade civil, são necessários, em regra, os seguintes documentos:

- I** – laudos mecânico que especifique, de forma detalhada, as condições do veículo do assistido;
- II** – fotos do veículo;
- III** – laudo de vistoria feito no Detran;
- IV** – contrato de financiamento, se existente, e boletos já pagos⁴⁹⁰;
- V** – documentos do veículo.

CAPÍTULO IV DA TUTELA COLETIVA⁴⁹¹

Art. 246. Recomenda-se ao defensor público, caso não possua dados fáticos concretos, a abertura de procedimentos administrativos internos para a consolidação probatória, por meio de requisições e coleta dos demais meios de prova válidos.

Art. 247. Recomenda-se cautela e precaução para o ajuizamento de ações coletivas, que devem ser precedidas de comprovação cabal da abrangência coletiva da tutela a ser requerida.

§ 1º Para tanto, importante o bom relacionamento com os órgãos de defesa do consumidor da comarca onde estiver lotado o defensor público, que poderão, em litisconsórcio ativo com a DPMG, manejar a pretendida ação coletiva.

§ 2º Caso haja possibilidade de lavratura de termo de ajustamento de conduta, e a questão transcenda o limite da competência territorial do órgão de atuação, o defensor público poderá submeter o documento à análise de Defensorias Especializadas e/ou de outros membros da carreira.

⁴⁹⁰ Para fins de solidariedade.

⁴⁹¹ Para orientações específicas sobre tutela coletiva, remetemos o leitor ao respectivo roteiro prático.

Parte Segunda: LIVRO VIII – DA ATUAÇÃO NAS MEDIDAS DE URGÊNCIA CRIMINAL

10.1

TÍTULO I DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EM URGÊNCIAS CRIMINAIS

CAPÍTULO I DA FASE PRÉ-PROCESSUAL

SEÇÃO I DA COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Art. 248. O defensor público, assim que entrar em exercício no órgão de atuação, deverá oficiar à autoridade policial solicitando o envio de todos os autos de prisão em flagrante delito à Defensoria Pública, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão do autuado, sempre que este informar que não possui advogado constituído⁴⁹².

Parágrafo único. A atuação da Defensoria Pública ocorre independentemente da aferição da hipossuficiência econômica⁴⁹³.

Art. 249. O defensor público deverá informar aos familiares do assistido que a Defensoria Pública atuará na defesa deste durante todo o trâmite processual e que estará disponível para sanar quaisquer dúvidas.

Parágrafo único. O defensor público deverá orientar o assistido e/ou seus familiares de que qualquer alteração de endereço ou de telefone deverá ser informada.

Art. 250. Recebido o auto de prisão em flagrante delito, deve-se proceder seu registro e conferir se atende aos requisitos legais⁴⁹⁴.

⁴⁹² Art. 306, §1º, do CPP.

⁴⁹³ Orientações Funcionais n. 39 e 40 da CGDPMG.

⁴⁹⁴ Art. 301 e seguintes do CPP.

§ 1º No caso dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, observar se o laudo de constatação preliminar da droga se faz presente e se o perito o preencheu de forma completa, pois, caso contrário, o pedido de soltura poderá ser amparado na ausência de prova da materialidade⁴⁹⁵.

§ 2º Constatado que o comunicado do auto de prisão em flagrante delito está incompleto, oficiar com urgência a autoridade policial solicitando os documentos faltantes, inclusive a folha de antecedentes criminais.

Art. 251. Concluindo pelo não cabimento de medidas jurídicas aptas de restituir o assistido à liberdade, deverá o defensor público registrar, de forma objetiva, as razões que o levaram a deixar de pleitear a soltura.

§ 1º Na hipótese do *caput*, necessário o controle de eventual excesso de prazo para o oferecimento da denúncia⁴⁹⁶ e para a formação da culpa, hipóteses em que poderá ser requerida a revogação da prisão preventiva⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ "(...) Para o flagrante não é ainda necessária a prova concludente da materialidade a qual virá posteriormente com o laudo definitivo, pois esta prova somente será imprescindível na ocasião da prolação da sentença. Porém é necessário o laudo provisório de constatação, pois mesmo em sede de cognição sumaria, própria das decisões proferidas neste momento embrionário das investigações, o magistrado precisa de informação acerca da natureza e quantidade aproximada da substância (...)". (GRANADO, Marcelo Ferreira de Souza & outros. *Nova Lei Antidrogas*. Teoria, Crítica e Comentários à Lei nº 11.343/2006. 1. ed. Niterói: Impetus, p. 175).

"(...) O laudo da constatação é um exame provisório e superficial, destinado à mera constatação da probabilidade de que a substância apreendida seja mesmo entorpecente. É um exame de prognóstico. Sua natureza jurídica é a condição objetiva de procedibilidade, sem a qual não pode ser oferecida a ação penal, nem lavrado o auto de prisão em flagrante. Sua ausência acarreta nulidade da prisão em flagrante, com o consequente relaxamento, por vício formal, bem como a nulidade do processo, em caso de recebimento da denuncia (...)". (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 749).

⁴⁹⁶ Art.46 do CPP.

Registre-se que o prazo para o oferecimento da denúncia é de quinze dias somados os prazos estipulados nos arts. 10 e 46 do CPP, tratando-se de réu preso, por crimes que se processam por meio do rito comum ordinário e sumário.

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE POSTO EM LIBERDADE. PEDIDO PREJUDICADO PELA PERDA DE OBJETO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA REVELADA. PACIENTE PRESO HÁ 85 DIAS. INQUÉRITO POLICIAL ENCERRADO. AUTOS CONCLUSOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 46 DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. Resta prejudicado o pedido, pela perda de seu objeto, quando a autoridade impetrada informa que ao paciente foi concedido o benefício da liberdade provisória, algo que faz cessar o alegado constrangimento ilegal. A contagem englobada dos prazos, bem como o princípio da razoabilidade não se prestam como instrumentos de justificativa de exasperações e arbitrariedades, mormente quando os autos encontram-se há mais de 80 (oitenta) dias em poder do Ministério Público que, sem qualquer justificativa, os retém para o oferecimento de denúncia. Ordem concedida". (TJMG. Habeas corpus nº 1.0000.06.445162-8/000. Relator: Desembargador Helvécio Valentim).

"HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTIFICAÇÃO. AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. O *ius puniendi* do Estado deve obediência a princípios constitucionais, dentre outros ao do contraditório e da ampla defesa; e, em suma, ao devido processo legal. Encontrando-se o réu preso há setenta dias, sem o oferecimento da denúncia, sem razões a justificar a demora e sem que se possa identificar a causa determinante da prisão, evidencia-se a ilegalidade da custódia cautelar". (TJMG. Habeas corpus nº 1.0000.06.434819-6. Relatora.: Desembargadora Maria Celeste Porto).

⁴⁹⁷ No que toca ao prazo para a formação da culpa, acreditamos que o Provimento nº 02/68 do antigo Conselho Superior da Magistratura que fixa como prazo razoável para a formação da culpa 102 dias prorrogáveis por mais 20 dias, na hipótese de haver testemunhas arroladas pela defesa **não mais se sustenta** após a modificação legislativa trazida pela Lei nº 11.719/08, que otimizou o processo penal gerando maior celeridade. Nesse sentido, acostamos dois julgados que se seguem:

"PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. DENÚNCIA POR ROUBO. SEGREGAÇÃO QUE ALCANÇA 101 DIAS SEM O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO, MORA INJUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL TIPIFICADO. ORDEM CONCEDIDA, SALVO EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO. ALVARÁ DE SOLTURA CLAUSULADO. (...) No procedimento ordinário, a prisão processual pode alcançar até 86 dias e como este PRAZO já havia sido ultrapassado, sem o encerramento da instrução de forma injustificada, tipificada a coação ilegal pelo EXCESSO de PRAZO." (TJMG – 2ª Câmara Criminal, Des. Rel.: Herculano Rodrigues, de 09.07.2009).

"Com efeito, nos termos do item "A" do quadro de prazos da Resolução 02/68, editada pelo Egrégio Conselho da Magistratura, o inquérito policial (réu preso) deve se encerrar em 10 dias; para a remessa ao Juízo, dispõe a autoridade policial de 2 dias (art. 10, § único); a distribuição e remessa ao cartório é prevista em 1 dia; do cartório ao Juiz, 2 dias (art. 799 CPP); do Magistrado ao cartório, 1 dia (art. 800, III, CPP); do cartório ao Promotor de Justiça, 2 dias (artigo 799 CPP). >>



§ 2º Adota-se, excepcionalmente, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da data da prisão até o fim da instrução processual no caso de crimes da Lei nº 11.343/06, posição pacificada no TJMG⁴⁹⁸, mas que conta com vozes dissonantes no sentido de que este prazo possa ser flexibilizado de acordo com o caso concreto e o princípio da proporcionalidade.

SEÇÃO II DO RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Art. 252. Analisar, inicialmente, a legitimidade da prisão em flagrante e se esta ocorreu de acordo com o disposto nos arts. 283, 302, 303, 304 e 306, todos do CPP, pleiteando, em caso de inobservância, o relaxamento da prisão em flagrante perante o juízo competente.

§ 1º Constatado, por meio de certidão negativa da secretaria do juízo ou do distribuidor⁴⁹⁹, que o Poder Judiciário não recebeu o auto de prisão em flagrante delito, deverá ser interposto pedido de relaxamento da prisão em flagrante por intermédio de *habeas corpus* endereçado ao juízo criminal de primeira instância, vez que a autoridade coatora é o Delegado de Polícia, sendo ainda possível qualquer outra medida congênere.

§ 2º Constatado que o Poder Judiciário, apesar de ter recebido o auto de prisão em flagrante delito, não proferiu dentro de prazo razoável decisão acerca da prisão em flagrante, deverá ser interposto *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça.⁵⁰⁰

>> *Recebendo os autos, o representante do Ministério Público dispõe de 5 dias para o oferecimento da denúncia (art. 46 CPP). Para devolução dos autos ao Cartório, conta-se mais 1 dia e, para remessa dos autos ao Juiz, 2 dias (art. 799, CPP). Por sua vez, o Magistrado deve receber a denúncia em até 5 dias, dispondo de mais um dia para remeter os autos ao cartório. Perfaz-se o total de 33 dias aos quais se somam os 60 dias previstos no art. 400 do CPP. **Desse modo, em princípio, a instrução criminal nos procedimentos ordinários deve encerrar-se em 93 dias.*** (TJMG – 2ª Câmara Criminal, Processo criminal nº 1.0000.09.500808-2/000(1), Des. Rel.: Beatriz Pinheiro Caires, data do julg. 13/08/2009, data da publ. 26/08/2009).

⁴⁹⁸ *“Não há se cogitar em nulidade da decisão, por falta de fundamentação, se a Julgadora apresenta, de forma precisa e robusta, os argumentos pelos quais entendia inviável o relaxamento de prisão. – Para a caracterização do excesso de prazo, mister verificar a contagem global dos prazos e não de cada ato ou diligência. A nova lei de tóxicos ampliou o prazo para encerramento da instrução criminal que poderá compor até 180 dias, não havendo falar-se, in casu, em excesso de prazo para formação da culpa”.* (TJMG. Habeas corpus nº 1.0000.08.478326-5/000. Relator: Desembargador: Renato Martins Jacob). (Destques não constam no original).

“A nova lei de tóxicos, de nº 11.343/06, ampliou o prazo para o término da instrução criminal, que pode compor pelo menos 180 dias”. (TJMG. Habeas corpus nº 1.0000.07.453718-4/000. Relator: Desembargador: José Antonino Baía Borges). (Destques não constam no original).

⁴⁹⁹ A Certidão de Antecedentes Criminais – CAC expedida pela Central de Certidões não substitui a certidão da secretaria do juízo ou do distribuidor, pois não raras vezes ela traz registros equivocados ou deixa de conter anotações sobre feitos existentes e em trâmite nas Varas Criminais.

⁵⁰⁰ *“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE CONVERSÃO EM PREVENTIVA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.403/11. NOVA REDAÇÃO DO ART. 310 DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. De acordo com a nova redação do CPP, recentemente alterado pela Lei nº 12.403/11, em especial do art. 310, não se vislumbra, em princípio, a possibilidade de manutenção da custódia do conduzido apenas em virtude da homologação da prisão em flagrante. Desse modo, não tendo a prisão em flagrante sido convertida em preventiva, impõe-se a liberação do paciente”.* (TJMG. Habeas corpus nº 1.0000.11.042790-3/000. Relatora: Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires).

“HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE CONVERSÃO EM PREVENTIVA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.403/11. NOVA REDAÇÃO DO ART. 310 DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. De acordo com a nova redação do CPP, recentemente alterado pela Lei nº 12.403/11, em especial do art. 310, não se vislumbra, em princípio, a possibilidade de manutenção da custódia do conduzido apenas em virtude da prisão em flagrante. Desse modo, não tendo a prisão em flagrante sido convertida em preventiva, impõe-se a liberação do paciente”. (TJMG. Habeas corpus nº 1.0000.11.032523-0/000. Relatora: Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires).

SEÇÃO III

DA LIBERDADE PROVISÓRIA E DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Art. 253. Não sendo o caso de relaxamento da prisão em flagrante, analisar a viabilidade de interpor pedido de liberdade provisória, a ser distribuído por dependência ao auto de prisão em flagrante delito, instruído com cópia do APFD e desde que o julgador não tenha, ainda, proferido decisão neste sentido e tampouco determinado a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Art. 254. Denegado o pedido de liberdade provisória ou tendo o julgador convertido a prisão em flagrante em prisão preventiva viável a impetração de *habeas corpus* ao TJMG, bem como pedido de revogação da prisão preventiva endereçado ao juízo de primeira instância.

§ 1º Fundamentar os pedidos de liberdade provisória, de revogação da prisão preventiva ou o *habeas corpus* na ausência de pressupostos legais para a manutenção da prisão cautelar, os quais estão dispostos nos artigos 312 e 313, ambos do CPP⁵⁰¹.

§ 2º Instruir o pedido, se possível, com cópias do comprovante de residência e de ocupação lícita do assistido⁵⁰².

§ 3º Os pedidos de revogação da prisão preventiva ou de *habeas corpus* também podem ser amparados na ausência ou deficiência de fundamentação da medida, conforme exigido pelos artigos 5º, inciso LXI, 93, inciso IX, ambos da CR/88 e, ainda, 312 e 315, ambos CPP.

§ 4º Explorar os dados e informações contidas no auto de prisão em flagrante delito que sejam favoráveis ao assistido, como forma de melhor fundamentar o pedido de soltura⁵⁰³.

⁵⁰¹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV – (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁵⁰² Os comprovantes de residência e de ocupação lícita não são requisitos legais e tampouco imprescindíveis, no entanto, podem contribuir para o sucesso do pleito.

⁵⁰³ Não é permitido explorar o mérito em fase ainda tão inicial, sobretudo na via estreita do *habeas corpus*, contudo, os elementos de prova constantes do APFD que sejam favoráveis ao assistido devem ser ressaltados, haja vista que a prova da existência do crime e indícios de autoria são elementos a serem analisados quando da decretação da prisão preventiva (art. 312/CPP).



Do mesmo modo, destacar sua primariedade, quando for o caso, e juntar cópia da certidão de antecedentes criminais ou da folha de antecedentes criminais.

§ 5º Mesmo que as chances de soltura sejam significativas, as informações a respeito do resultado do pedido devem ser dadas com cautela, de modo a não gerar expectativas e eventuais frustrações aos familiares dos assistidos.

Art. 255. Na análise das condições de admissibilidade da prisão preventiva, o defensor público deverá observar:

I – a mera repetição dos termos legais e invocação da gravidade abstrata do delito, desacompanhados de apontamentos de fatos concretos que demonstrem a necessidade da prisão equivalem à ausência de fundamentação;

II – havendo concurso de crimes, o somatório das penas máximas deve balizar a possibilidade ou não da decretação da medida;

III – havendo causas de aumento de pena, deverá ser levada em consideração a maior majoração aplicada à pena máxima cominada;

IV – na hipótese de crime tentado, deverá ser levada em consideração a redução mínima, aplicada à pena máxima cominada;

V – a agravante da reincidência se manifesta nos termos dos artigos 63 e 64, ambos do Código Penal Brasileiro e sua demonstração exige certidão cartorária, não sendo suficiente a menção expressa da data do trânsito em julgado na decisão acautelatória⁵⁰⁴;

VI – nos crimes que envolvam violência doméstica, duas condições devem concomitantemente estar reunidas: (a) aplicação precedente de uma medida protetiva de urgência e sua intimação e (b) descumprimento desta medida. Nesta hipótese, a prisão somente deverá durar o tempo necessário para garantir a execução da medida protetiva;

VII – o autuado deve ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação civil, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

⁵⁰⁴ “(...) A prova da reincidência é feita por certidão cartorária, com menção expressa da data do trânsito em julgado da anterior decisão condenatória, sem que não há como se reconhecer a agravante em questão (...)”. (BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 202).

“(...) Prova da reincidência: só se prova mediante a certidão da sentença condenatória transitada em julgado, com data do trânsito (...)”. (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 501).

“Se ausente certidão cartorária pormenorizada, constando, principalmente, a data do trânsito em julgado de eventuais condenações, não há que se falar em existência de antecedentes, a serem considerados em desfavor do réu quando da fixação das penas-base, e em reconhecimento da agravante da reincidência, devendo esta ser decotada. Impossível a redução da pena-base aquém do mínimo legal em função da reconhecida atenuante da confissão espontânea. O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser determinado em observância à análise das circunstâncias judiciais e ao disposto no artigo 33, § 2º do Código Penal, não podendo ser determinado no mais gravoso, entendimento este já pacificado pelas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, e Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça. Sem preliminares. Deram provimento ao recurso de Diógenes Magno Freitas da Silva, para decotar a agravante da reincidência e modificar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. As penas do recorrente restaram concretizadas em cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de treze dias-multa. Mantidas as demais determinações constante na decisão ora guerreada”. (TJMG. Apelação Criminal nº 1.0567.09.124556-1/001. Relatora: Desembargadora Jane Silva). (sem grifo no original).

“O documento que permite a verificação dos antecedentes criminais e da reincidência é a certidão lavrada e assinada pelo escrivão. Impressos policiais, com informações incompletas e imprecisas, não se prestam à comprovação de maus antecedentes e da reincidência”. (TJMG. Apelação Criminal nº 1.0188.09.079081-0/001. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho). (sem grifo no original).

Art. 256. O retorno dos autos à Delegacia de origem para realização de diligências complementares, a pedido do Ministério Público, configura o reconhecimento de ausência de prova da materialidade e/ou indícios suficientes de autoria ao oferecimento da denúncia, elementos imprescindíveis à decretação da preventiva.

Parágrafo único. Ocorrendo a situação descrita no *caput*, deverá o defensor público interpor pedido de revogação da prisão preventiva ou *habeas corpus* ao TJMG, instruindo, em qualquer das hipóteses, o pedido com certidão da secretaria criminal que ateste o fato⁵⁰⁵.

SEÇÃO IV DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO⁵⁰⁶

Art. 257. As medidas cautelares têm o caráter substitutivo em relação à prisão preventiva e, portanto, não podem ser desconectadas dos seus princípios, requisitos e características.

§ 1º Conforme o art. 282, incisos I e II, do CPP, devem ser observados dois requisitos para que haja a decretação da medida cautelar:

I – necessidade para aplicação da lei;

II – adequação da medida à gravidade do crime.

§ 2º Inúmeras são as características das medidas cautelares ao serem aplicadas no curso do inquérito ou do processo penal, valendo destacar o fato dela ser provisória, de ter sua natureza revogável, de ser substitutiva, além de ser, também, excepcional.

§ 3º O artigo 313 do CPP deve ser utilizado como balizador das medidas cautelares.

Art. 258. O defensor público deverá solicitar, quando cabível, a intimação do investigado ou acusado para se manifestar acerca da medida cautelar que lhe será imposta, já que o contraditório permitirá a adequação de uma das nove restrições, previstas no artigo 319 do CPP à realidade daquele.

Art. 259 . Todas as medidas cautelares estão sujeitas a ilegalidade por excesso de prazo e ao princípio constitucional da duração razoável do processo já que possuem caráter que restringe a plena liberdade do autuado ou investigado.

⁵⁰⁵ “Para a decretação da prisão preventiva, ou manutenção da provisória em decorrência de flagrante, é indispensável prova da existência do crime e suficientes indícios de autoria, como determina a lei. Embora esta (prova) prescindida da certeza que se exige para a condenação, há a necessidade dela, não bastando mera suspeita ou indícios. Assim, se mostra constrangedora a detenção antecipada, quando o Promotor de Justiça, em vez de denunciar o flagrado com as peças do flagrante a ele encaminhadas, solicita, ou aguarda, diligências a respeito do fato criminoso e ou da autoria. Há uma demonstração ausência de convicção sobre a situação que determinou o flagrante contra o paciente. Decisão: habeas corpus concedido. Unânime. (TJRS. Habeas corpus nº 70015447410. Relator: Sylvio Baptista Neto).

“Prisão provisória. Requisitos. Para a decretação da prisão preventiva, ou manutenção da provisória em decorrência de flagrante, e indispensável prova da existência do crime e suficientes indícios de autoria, como determina a lei. Embora esta (prova) prescindida da certeza que se exige para a condenação, ha a necessidade de prova, não bastando mera suspeita ou indícios. Assim, se mostra constrangedora a detenção antecipada, quando o Promotor de Justiça, em vez de denunciar o flagrado, solicita diligencias a respeito do fato criminoso e/ou da autoria. Demonstrou ausência de convicção sobre o ocorrido. Habeas concedido por maioria de votos. (TJRS. Habeas corpus nº 70004223772. Relator: Sylvio Baptista Neto).

⁵⁰⁶ Arts. 319 e 320, ambos do Código de Processo Penal.



Art. 260. O defensor público deve, quando cabível, questionar a legalidade das medidas cautelares via *habeas corpus*, pois possível sua conversão em prisão preventiva em caso de descumprimento.

Art. 261. A decretação da prisão preventiva na hipótese de descumprimento de quaisquer obrigações impostas quando da concessão de liberdade provisória é medida cabível somente em última instância^{507 508}.

§ 1º Não se mostra razoável a decretação da prisão preventiva quando o assistido descumpre medida cautelar, mas não houve, ainda, denúncia oferecida nos prazos definidos no *caput* do art. 46 do CPP⁵⁰⁹.

§ 2º Se não existem indícios suficientes de autoria e/ou de materialidade para oferecimento da denúncia, também incabível a prisão preventiva.

Art. 262. A medida de comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades deve ser fixada com termo final pelo magistrado.

Parágrafo único. O requerimento de exclusão ou modificação das condições da medida deve ser instruído com a prova pertinente.

Art. 263. Imposta a medida de proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução do feito, e havendo a necessidade de alteração de endereço para comarca diversa, deve o defensor público indicar o novo endereço e apresentar seu comprovante.

Parágrafo único. Encerrada a fase investigatória ou instrutória, a medida não pode mais prevalecer, uma vez que o legislador a vinculou à garantia da investigação ou instrução processual.

Art. 264. A medida de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou processado tenha residência e trabalho fixos pode ser fixada com ou sem termo final.

Parágrafo único. Pode, a qualquer tempo, ser efetuado pedido para supressão ou modificação da medida, sobretudo se o feito demorar mais tempo que o razoável.

⁵⁰⁷ Art. 282 (...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁵⁰⁸ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁵⁰⁹ “Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.”

Art. 265. A medida de internação provisória do acusado é cabível nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, houver risco de reiteração, sendo imprescindível a elaboração de laudo pericial apontando a inimputabilidade ou semi-imputabilidade (art. 26 do CP).

Art. 266. A fiança pode ser arbitrada pela autoridade policial⁵¹⁰ nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos⁵¹¹.

§ 1º Nos demais casos, a fiança será arbitrada pelo magistrado.

⁵¹⁰ Cabimento da fiança pelo Delegado de Polícia, dentre outros:

1) Homicídio culposo – art. 121, §3º, CP; 2) Aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento – art. 124, CP; 3) Violência doméstica – art. 129, § 9º, CP; 4) Perigo de contágio venéreo – art. 130, §1º, CP; 5) Perigo de contágio de moléstia grave – art. 135, CP; 6) Abandono de incapaz – art. 133, *caput*, CP; 7) Maus-tratos na forma qualificada – art. 136, §1º, CP; 8) Sequestro e Cárcere privado – art. 148, *caput*, CP; 9) Furto simples – art. 155, *caput*, CP; 10) Extorsão indireta – art. 160, CP; 11) Supressão ou alteração de marca em animais – art. 162, CP; 12) Dano qualificado – art. 163, parágrafo único, CP; 13) Apropriação indébita – art. 168, *caput*, CP; 14) Duplicata simulada – art. 172, CP; 15) Induzimento à especulação – art. 174, CP; 16) Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações – art. 177, CP; 17) Emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant” – art. 178, CP; 18) Receptação – art. 180, *caput*, CP; 19) Violação de direito autoral – art. 184, CP; 20) Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem – art. 202, CP; 21) Aliciamento para o fim de emigração – art. 206, CP; 22) Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território brasileiro – art. 207, CP; 23) Violação de sepultura – art. 210, CP; 24) Destruição, subtração ou ocultação de cadáver – art. 211, CP; 25) Vilipêndio a cadáver – art. 212, CP; 26) Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente – art. 218-A, CP; 27) Bigamia – art. 235, CP; 28) Simulação de autoridade para celebração de casamento – art. 238, CP; 29) Simulação de casamento – art. 239, CP; 30) Abandono material – art. 244, CP; 31) Abandono intelectual – art. 247, CP; 32) Explosão – art. 251, §1º, CP; 33) Uso de gás tóxico ou asfíxiante – art. 252, CP; 34) Perigo de inundação – art. 255, CP; 35) Desabamento ou desmoronamento – art. 256, CP; 36) Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico – art. 266, CP; 37) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, na forma culposa – art. 273, §2º, CP; 38) Outras substâncias nocivas à saúde pública – art. 278, CP; 39) Medicamento em desacordo com receita médica – art. 280, CP; 40) Quadrilha ou bando – art. 288, CP; 41) Falsificação de papéis públicos – art. 293, §2º, CP; 42) Petrechos de falsificação – art. 294, CP; 43) Falsidade ideológica em documento particular – art. 299, CP; 44) Falso reconhecimento de firma em documento particular – art. 300, CP; 45) Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica – art. 303, CP; 46) Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins – art. 306, parágrafo único, CP; 47) Fraude de lei sobre estrangeiro – art. 309 e 310, CP; 48) Peculato mediante erro de outrem – art. 313, CP; 49) Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento – art. 314, CP; 50) Emprego irregular de verbas ou rendas públicas – art. 315, CP; 51) Abandono de função em faixa de fronteira – art. 323, parágrafo único, CP; 52) Resistência qualificada – art. 329, §1º, CP; 53) Contrabando ou descaminho – art. 334, CP; 54) Falso testemunho ou falsa perícia – arts. 342 e 343, CP; 55) Coação no curso do processo – art. 344, CP; 56) Fraude processual – art. 347, parágrafo único, CP; 57) Fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança – art. 351, §3º, CP; 58) Arrebatamento de preso – art. 353, CP; 59) Patrocínio infiel – art. 355, CP; 60) Sonegação de papel ou objeto de valor probatório – art. 356, CP; 61) Contratação de operação de crédito – art. 359-A, CP; 62) Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura – art. 359-C, CP; 63) Ordenação de despesa não autorizada – art. 359-D, CP; 64) Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura – art. 359-G, CP; 65) Oferta pública ou colocação de títulos no mercado – art. 359-H, CP; 66) Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga – art. 33, §2º, da Lei 11.343/06; 67) Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo e arma de fogo, arts. 12, 14 e 15, da Lei 10.826/2003.

⁵¹¹ Entrementes, há de se questionar e refletir a respeito da seguinte tese defensiva: o art. 313/ CPP prevê que **será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos**. Portanto, se a lei não autoriza a prisão preventiva, não se verifica possível uma condicionante – cobrança de fiança – para a soltura, sobretudo quando não se fazem presentes as demais hipóteses autorizadoras da prisão preventiva previstas nos incisos II e III, e parágrafo único do art. 313/ CPP. Da interpretação conjunta dos arts. 313 e 322, ambos do CPP, extrai-se a ilação de que a fiança apenas tem lugar em caso de cabimento de prisão, leia-se: nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a 4 anos e quando presentes as hipóteses previstas nos incisos II, III e parágrafo único do art. 313 do CPP.

Sobre o não cabimento da prisão, é a valiosa lição da Dra. Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado: **“Portanto, percebe-se que a imposição da prisão preventiva se dá nos crimes dolosos com pena máxima superior a 4 anos. Há, contudo, duas exceções, sendo elas: (i) no caso de reincidência em crime doloso (art. 313, III, do CPP); e (ii) no caso do crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.”** (BARRROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares*. Bell Horizonte: Del Rey, 2011, p. 99). Também Guilherme de Souza Nucci (grifos e negritos nossos):

“Além disso, apõe-se um patamar de gravidade abstrata a comportar a prisão preventiva, conforme se vê do inciso I do art. 313. Somente cabe prisão preventiva nos crimes dolosos com pena privativa máxima cominada superior a quatro anos. Com isso, exemplificando, cessa a possibilidade de decretação da prisão preventiva para o furto simples, cuja pena máxima é de quatro anos.” (art. 155, *caput*, CP). (NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*; as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p.67).



§ 2º Concedida a liberdade provisória mediante recolhimento de fiança, cabível pedido de isenção ou redução⁵¹², instruído, se possível, com declaração de carência financeira assinada pelo assistido ou por seus familiares.

§ 3º Negado o pedido de isenção ou de redução do valor arbitrado, cabível impetração de *habeas corpus* com pedido liminar.

Art. 267. A monitoração eletrônica aplicada quando da concessão da liberdade provisória se dá mediante condições a serem definidas pelo juiz, tais como perímetro e período em que o assistido pode transitar na via pública e prazo de duração da medida.

Parágrafo único. A medida é simétrica àquela autorizada pela Lei nº 12.258/10, com a diferença de que esta se destina aos réus já condenados por decisão transitada em julgado.

Art. 268. Se o assistido relatar o descumprimento de algumas das condições impostas, deve-se apresentar justificativa visando a manutenção do seu *status libertatis*.

SEÇÃO V DA COMUNICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS MANDADOS DE PRISÃO

Art. 269. O cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária deverá ser informado à Defensoria Pública quando o desfavorecido não informar o nome de seu advogado, nos termos do art. 289, §4º, do CPP.

Art. 270. Recebida a comunicação do cumprimento de mandado de prisão, o defensor público deverá verificar, inicialmente, se a prisão subsiste e se há advogado cadastrado nos autos em que aquele foi expedido.

§ 1º Se a pessoa já se encontrar em liberdade ou possuir advogado, a comunicação de prisão deverá ser arquivada.

§ 2º Se a prisão subsistir e não houver advogado cadastrado, o defensor público deverá diligenciar com o fito de se descobrir se o feito está na fase inquisitiva, quando será, então, atribuição da Defensoria Especializada em Urgências Criminais, onde houver.

E ainda Aury Lopes Júnior (grifos e negritos nossos):

“Também devemos considerar, ainda, que diversos crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa têm pena máxima igual (e não superior) a 4 anos e, portanto, ainda que condenado o réu, sempre caberá a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sendo manifesta a desproporcionalidade e o abuso decorrente da imposição de prisão preventiva nestes casos.

Mas, se a pena máxima cominada por igual ou inferior a 4 anos, não caberá preventiva em nenhuma hipótese.

Por derradeiro, recordemos que o art. 313 deve sempre ser conjugado com o art. 312, de modo que:

a) ainda que tenha sido praticado um crime doloso com pena máxima superior a 4 anos, sem a presença do fumus comissi delicti e do periculum libertatis, não há que se falar em prisão preventiva;

b) mesmo que exista fumus comissi delicti e periculum libertatis (art. 312), se o caso não se situar nos limites do art. 313, não caberá prisão preventiva.” (LOPES Jr, Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. São Paulo: Lumen Juris, p. 76).

⁵¹² Arts. 325, §1º, e 350, do CPP.

§ 3º Se o feito estiver na fase processual ou de execução de pena, a atribuição será dos defensores públicos das Defensorias Criminais e de Execução Criminal, respectivamente.

§ 4º Se a prisão subsistir e houver advogado cadastrado, o defensor público não poderá atuar. Entretanto, verificada a hipótese prevista no art. 3º da Deliberação 11/05⁵¹³ do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, aplica-se a norma do parágrafo anterior.

Art. 271. Toda comunicação de cumprimento de mandado de prisão deve trazer cópia do mandado, de modo a se permitir a análise do prazo prescricional nele constante.

§ 1º Requerer vista dos autos para conhecimento dos fundamentos da decisão acautelatória, se estes se revelam suficientes e se ainda persistem, e tomar as providências cabíveis, aplicando-se o art. 251 e seguintes, no que couber.

§ 2º Analisar se houve requerimento para o acautelamento provisório, vez que da interpretação do art. 311 do CPP é possível concluir que a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, é *contra legem* e fere o sistema acusatório⁵¹⁴.

Art. 272. Tratando-se de prisão temporária, analisar, ainda, se houve respeito às hipóteses de cabimento previstas no art. 1º e ao prazo do art. 2º, ambos da Lei nº 7.960/89.

⁵¹³ Art. 3º – Na eventualidade da renúncia do advogado constituído o Defensor Público deverá requerer a intimação da parte para que nomeie outro de sua confiança ou declare a sua condição de hipossuficiente, possibilitando o patrocínio da Defensoria Pública.

⁵¹⁴ O artigo 311, do CPP, que inaugura o capítulo intitulado “DA PRISÃO PREVENTIVA”, assim dispõe acerca da decretação da prisão preventiva no curso da ação penal ou durante a fase investigativa:

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Da leitura do transcrito dispositivo legal, resta claro que ao magistrado somente é permitido decretar a prisão preventiva de ofício durante o transcurso da ação penal. Ao contrário, durante a fase inquisitorial, a segregação cautelar apenas pode ser determinada a pedido do MP, do querelante ou do assistente de acusação, ou, ainda, por representação da autoridade policial. Essa, aliás, é a doutrina de Rogério Sanches Cunha e Guilherme de Souza Nucci:

“(…) com a reforma implementada pela Lei 12.403/2011, o poder de o juiz decretar de ofício não mais abrange as duas fases da persecução (pré-processual e processual), mas somente no curso da ação penal. Conclusão: na fase de investigação, o juiz, para decretar a preventiva, depende de provocação (…)”. (CUNHA, Rogério Sanches et al. *Prisão e Medidas Cautelares*. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140.)

“(…) As alterações havidas dizem respeito à legitimidade e oportunidade para a sua decretação: a) o juiz somente pode decretá-la, de ofício, durante o processo (não pode fazê-lo, como antes, durante a investigação) (…)”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61).

“Ausentes as hipóteses previstas no art. 302 do CPP, impõe-se o relaxamento da prisão em flagrante. Lado outro, considerando que de acordo com a nova redação do art. 311 do CPP, a prisão preventiva não pode se decretada, de ofício, antes de iniciada a ação penal, também a decisão que converteu o flagrante em preventiva se mostra insubsistente. Ordem concedida, determinada a expedição de ofício à origem”. (TJMG. Habeas corpus nº 1.0000.13.023438-8/000. Relator: Desembargador Eduardo Brum).

“Com o advento da Lei nº 12.403/11, tem-se que a prisão cautelar não pode ser decretada pelo Magistrado, de ofício, na fase administrativa. Inteligência do artigo 311 do Código de Processo Penal. O não cumprimento desta determinação constitui constrangimento e enseja o relaxamento da segregação ilegal”. (TJMG. Habeas corpus nº 1.0000.12.095735-2/000. Relator: Desembargador Catta Preta).



SEÇÃO VI DOS IMPEDIMENTOS

Art. 273. É possível que não seja dado cumprimento ao alvará de soltura expedido pelo magistrado em razão da existência de impedimentos⁵¹⁵ à liberação do assistido.

§ 1º O primeiro responsável pela verificação do cumprimento ou não do alvará de soltura é o juiz expedidor do alvará⁵¹⁶. Entretanto, todo alvará de soltura não cumprido em razão de impedimento deverá ser comunicado à Defensoria Pública pela autoridade custodiante para as providências cabíveis.

§ 2º Sendo caso de atuação da Defensoria Pública, o defensor público que for cientificado acerca do não cumprimento de alvará de soltura de assistido torna-se responsável pela análise e providências hábeis à efetivação da soltura.

Art. 274. Se houver advogado cadastrado no feito em que se obteve o alvará de soltura, assim como naquele que gerou o impedimento, o defensor público poderá arquivar a comunicação de impedimento, pois o jurisdicionado já se encontra assistido por advogado⁵¹⁷

Art. 275. Para avaliar o impedimento o defensor público poderá se valer das informações contidas no Sistema Integrado de Defesa Social: (www.isp.mg.gov.br) e na Secretaria Nacional de Segurança Pública: (www.infoseg.gov.br), confrontando-as com o andamento processual extraído do sítio eletrônico do TJMG: www.tjmg.jus.br.

§ 1º O defensor público adotará todas as providências capazes de efetivar a decisão, seja oficiando o magistrado que expediu o alvará de soltura, a Central de Certidões, ou provocando outros juízos e/ou outras Defensorias Públicas.

§ 2º O defensor público deverá acompanhar todas as providências tomadas até a efetiva soltura do assistido, diligenciando por sua efetividade.

§ 3º Se o impedimento for procedente, a comunicação de não cumprimento do alvará de soltura poderá ser arquivada.

Art. 276. Por vezes o não cumprimento de alvará de soltura decorre de duplicidade de registros no Infopen⁵¹⁸, o que não se confunde com impedimento.

⁵¹⁵ Os impedimentos podem se dar em razão de mandados de prisão que não mais subsistem e que foram expedidos em feitos da Justiça Federal ou de outros Estados, por isso, se recomenda que os ofícios sejam encaminhados via email, imprimindo, assim, maior celeridade na solução do impedimento. As certidões expedidas pelas secretarias dos juízos criminais também podem ser encaminhadas via email ao Setarin, qual seja, alvara@setarin.pcivil.mg.gov.br com pedido feito pelo escrivão de baixa do impedimento, após provocação da Defensoria Pública.

⁵¹⁶ Resolução nº 108/2010, do CNJ: “Art. 1º O juízo competente para decidir a respeito da liberdade ao preso provisório ou condenado será também responsável pela expedição e cumprimento do respectivo alvará de soltura, no prazo máximo de vinte e quatro horas.”

⁵¹⁷ Art. 1º, VIII, Deliberação nº 5/2011, do CSDPMG.

⁵¹⁸ Infopen significa Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, vinculado ao Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, do Ministério da Justiça, e consiste em um programa de coleta de dados do Sistema Penitenciário no Brasil, atualizado pelos respectivos gestores, com informações estratégicas envolvendo informes referentes aos estabelecimentos penais, seus recursos humanos, logísticos e financeiros sobre a população prisional. Desde seu lançamento serve de base de dados para que o DEPEN visualize a realidade penal brasileira.

Parágrafo único. Toda pessoa presa é registrada sob um único número de Infopen, o qual permanece vinculado ao seu nome. Por erro ou por apresentar-se falsamente, pode ocorrer de a pessoa estar registrada sob dois números. Neste caso, havendo duplicidade de números, o alvará de soltura somente será cumprido após a inequívoca identificação do detento.

SEÇÃO VII DAS NOTAS CRIMINAIS

Art. 277. A análise das notas criminais é procedimento meramente administrativo e não é medida emergencial.

Parágrafo único. Entretanto, a baixa das notas criminais interfere positivamente na vida profissional, na honra e boa reputação daquele que pretende obter atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial.

Art. 278. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou nos casos expressos em lei⁵¹⁹.

§ 1º Podem ocorrer registros de inquéritos policiais antigos ou anotações na folha de antecedentes criminais que não deram ensejo a ações penais e que devem ser baixados junto à Polícia Civil.

§ 2º Compete ao defensor público officiar à vara de inquéritos policiais, onde houver, ou à vara criminal, solicitando informações a respeito da distribuição do referido inquérito policial⁵²⁰.

§ 3º A respectiva certidão deverá instruir requerimento de baixa da nota criminal a ser endereçado à Polícia Civil.

SEÇÃO VIII DAS QUESTÕES INCIDENTAIS

Art. 279. As questões incidentais mais comuns durante a fase de inquérito são:

I – exceção de ilegitimidade de parte passiva;

⁵¹⁹ Art. 202, da Lei de Execução Penal.

⁵²⁰ "Art. 74 – São Prerrogativas dos membros da Defensoria Pública no exercício de suas atribuições:

(...)

IX – requisitar de autoridade pública ou de seus agentes, civis e militares, exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências;"

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

(...)

X – requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;"



II – incidente de restituição de coisa apreendida;

III – incidente de insanidade mental.

Parágrafo único. Não se tratam de medidas de urgência, mas de incidentes necessários à regularidade processual e à segurança jurídica.

Art. 280. A exceção de ilegitimidade de parte deverá ser distribuída por dependência.

Art. 281. O defensor público que estiver assistindo aquele que se identificou falsamente não poderá opor a exceção de ilegitimidade de parte em favor de terceiro, sob pena de prejudicar a defesa do primeiro.

Art. 282. A Deliberação nº 5/11 do Conselho Superior da Defensoria Pública prevê em seu art. 1º, inciso VII, que é atribuição do defensor público com atuação na defensoria especializada de urgências criminais patrocinar, na fase inquisitorial, pedidos de restituição de coisa apreendida do acusado ou de terceiro.

Parágrafo único. O pedido de restituição de coisa apreendida poderá ser endereçado à autoridade policial que preside o inquérito quando não houver dúvida sobre o direito de quem requer a coisa. Na dúvida, deverá ser encaminhado à autoridade judiciária, distribuído por dependência e autuado em apartado⁵²¹.

Art. 283. O incidente de restituição de coisa apreendida vem regulado nos artigos 118 a 124 do CPP, os quais deverão ser cotejados com o art. 91 do CP.

§ 1º Se o bem apreendido não interessar ao processo, poderá ser restituído antes de transitar em julgado a sentença final.

§ 2º Se o bem apreendido não se tratar de instrumento cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, poderá ser restituído antes de transitar em julgado a sentença final.

§ 3º Se o bem apreendido não se tratar de produto de crime ou de bem ou valor auferido com o delito, poderá ser restituído.

§ 4º Coisa ilícita apreendida não é restituível. Contudo, há casos em que o requerente possui autorização para possuir a coisa. Nestas hipóteses, o pedido de restituição deve ser instruído com o documento que autoriza a posse⁵²².

Art. 284. Na apreensão de coisas durante prisões em flagrante por tráfico de drogas, deve-se observar:

⁵²¹ Art. 120, do CPP.

⁵²² São os casos de médicos que tem autorização para possuir em consultório ou laboratório substâncias ou medicamentos de uso restrito para fins de estudo, pesquisa ou uso médico. Bem como o caso de cidadão que possui registro de arma de fogo de uso permitido, mas não possui autorização para o porte de arma e foi flagrado em via pública, por exemplo, portando a mesma. Em ambos os casos, a substância e a arma de fogo poderão ser restituídas, pois a propriedade é lícita.

I – quanto ao tráfico de drogas, a expropriação prevista no art. 243 e seu parágrafo único da CR/88, alterado pela Emenda Constitucional 81/14⁵²³, não se aplica ao pequeno cultivo destinado ao uso de drogas;

II – o veículo apreendido pode ser restituído quando não utilizado com o fim específico de praticar o tráfico de drogas;

III – a existência do laudo de exame de veículo terrestre, que contém item específico sobre a alteração na estrutura original do veículo, pois tal item destina-se a indicar se o veículo possui compartimento ou qualquer outra alteração que o torne capaz de ocultar produtos e/ou substâncias entorpecentes.

Art. 285. Da decisão judicial acerca do pedido de restituição cabe apelação, sem prejuízo da impetração de mandado de segurança.

Art. 286. A Deliberação 05/2011 do Conselho Superior da Defensoria Pública prevê em seu art. 1º, inc. VII, que é atribuição do defensor público com atuação na defensoria especializada de urgências criminais patrocinar, na fase inquisitorial, a instauração de incidente de insanidade mental, bem como atuar na curadoria do acusado.

Art. 287. O pedido de instauração de incidente de insanidade mental deverá ser instruído com documentação pertinente, sendo acompanhado, desde já, pelos quesitos, e distribuído por dependência.

§ 1º Da decisão que rejeitar o pedido de instauração de incidente de insanidade mental cabe *habeas corpus*. A decisão que determina sua instauração é irrecorrível.

§ 2º Caso se tenha notícias de incidentes de insanidade mental propostos anteriormente, requerer ao juiz seja oficiado solicitando o envio de cópia a ser juntada no incidente.

§ 3º Requerer, concomitantemente, seja o assistido acompanhado pelo PAI-PJ⁵²⁴, onde houver, ou por qualquer outro órgão congênere.

§ 4º O pedido de instauração do incidente não afasta outras providências administrativas junto à unidade prisional em que o assistido estiver recolhido e junto à Superintendência de Articulação Institucional de Gestão de Vagas – SAIGV⁵²⁵ da Secretaria de Defesa Social, quando acautelado provisoriamente.

⁵²³ “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela EC nº 81, de 2014)

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.” (Redação dada pela EC nº 81, de 2014)

⁵²⁴ O Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ), um programa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, realiza acompanhamento do portador de sofrimento mental que cometeu algum crime.

⁵²⁵ Recomenda-se que distribuído o incidente de insanidade mental, seja cientificada a unidade prisional onde se encontre o assistido, via ofício ou email, de sua delicada condição de saúde, bem como instada a prestar cuidados especiais a ele, como ceta e alimentação diferenciadas, controle da medicação etc. A SAIGV também pode ser oficiada (seu endereço consta do site da Secretaria de Defesa Social de Minas Gerais – SEDS) para promover o recambiamento do assistido para unidade prisional que possua melhores condições de acolhê-lo, se for o caso.



§ 5º Uma vez instaurado, o incidente suspende o curso da ação penal, mas não suspende o curso do inquérito policial. Não há suspensão ou interrupção do prazo prescricional.

Art. 288. Concluindo o perito que o assistido era inimputável à época do fato, o processo seguirá seu curso e, ao final, terá lugar uma sentença absolutória imprópria tendente a afastar a pena para impor medida de segurança⁵²⁶.

§ 1º Se a conclusão for pela semi-responsabilidade à época do fato (art. 26, parágrafo único, do CP), o processo seguirá seu curso e, ao final, se condenado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

§ 2º Se o assistido necessitar de tratamento especializado, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por medida de segurança⁵²⁷.

⁵²⁶ Arts. 96 a 99 do CP, e art. 386, parágrafo único, inciso III, do CPP.

⁵²⁷ Art. 98 do CP.



Parte Segunda: LIVRO IX – DA ATUAÇÃO EM MATÉRIA PENAL

11.1

TÍTULO I DA ATUAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

CAPÍTULO ÚNICO DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

SEÇÃO I DA ACUSAÇÃO E DA INSTRUÇÃO PRELIMINAR

Art. 289. Ao receber os autos para a resposta à acusação, sugere-se ao defensor público:

- I** – analisar a regularidade da citação, seja ela pessoal ou por edital, atentando para o fato de que, sendo somente editalícia, não deve apresentar resposta à acusação, mas aguardar os efeitos do art. 366 do CPP, salvo produção antecipada de provas, pois a revelia somente se aplica ao acusado que, citado por edital e não comparecendo, constitui advogado nos autos;
- II** – avaliar a conveniência de suscitarem preliminares, para que não seja dada a oportunidade de se produzirem provas contra o acusado, porquanto a nulidade absoluta, caso não sanada no momento oportuno, mas alegada futuramente, pode conduzir à absolvição.

§ 1º No cômputo das oito testemunhas não estão incluídas vítimas e informantes, nem aquelas pessoas que nada saibam que interesse à decisão da causa (art. 209, § 2º, do CPP).

§ 2º Caso o defensor público não tenha conseguido contato prévio com o assistido para apresentar o rol de testemunhas, sugere-se o arrolamento das mesmas da denúncia, para que, na audiência de instrução e julgamento, havendo possibilidade, possa ser requerida a substituição.

Art. 290. Na hipótese de os autos serem encaminhados à Defensoria Pública, após transcorrido o prazo do mandado citatório para oferecimento da resposta à acusação, sem que esta tenha sido apresentada, sugere-se ao defensor público que atue, ainda que o acusado tenha declarado ter advogado constituído, porquanto se este não se habilitar nos autos, será aquele considerado um necessitado jurídico, merecendo, tal como o hipossuficiente financeiro, a assistência da instituição, nos termos da OF nº 39 da Corregedoria da Defensoria Pública⁵²⁸.

⁵²⁸ OF Nº 039: Processo penal e mandado de citação do réu – denunciado que ao receber o mandado de citação para apresentar resposta à acusação declara que irá apresentá-la por meio de advogado constituído, contudo não o faz – hipótese de atuação da Defensoria Pública – artigo 8º, item 2, alínea e, do Pacto de San José da Costa Rica – a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente vocacionada à prestação de assistência jurídica aos necessitados – necessidade que não se restringe à capacidade econômica das partes, possuindo outras vertentes, como as vulnerabilidades técnica e jurídica – assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo estado a ser exercida necessariamente pela Defensoria Pública, nos termos do disposto no artigo 4º, §5º, da Lei Complementar 80/94 – recomenda-se ao Defensor Público proceder entendimento com o magistrado, expondo a hipótese acima referida, solicitando que, na hipótese em que o denunciado não constitua advogado, os autos sejam encaminhados à Defensoria Pública para patrocínio da defesa criminal.

Parágrafo único. Caso o advogado do acusado esteja habilitado nos autos e tenha sido devidamente intimado para oferecimento de resposta à acusação, porém se tenha quedado inerte, ao receber os autos, sugere-se ao defensor público, antes de atuar no feito, requeira seja o acusado intimado da desídia do causídico, dando-lhe a oportunidade de contratar outro de sua confiança, para só então, não havendo a habilitação de outro advogado, atuar regularmente na sua defesa⁵²⁹.

Art. 291. Na audiência de instrução e julgamento, sugere-se ao defensor público fazer constar em ata todos os fatos relevantes que possam, especialmente, ser objeto de futura arguição de nulidade, bem como desde já fazer constar pedido de nulidades de pronto detectadas, tais como:

I – ausência de resposta à acusação, a qual, diversamente da defesa prévia, é peça essencial, não podendo jamais ser dispensada;

II – atuação anterior de advogado dativo, sem o conhecimento da Defensoria Pública que esteja devidamente instalada na localidade⁵³⁰.

Parágrafo único. Nas alegações finais, sejam elas escritas ou orais, sugere-se ao defensor público, sem, obviamente, que dados relevantes sejam abordados, procurar ser sucinto para não adiantar as teses a serem eventualmente defendidas em plenário.

SEÇÃO II DA PRONÚNCIA, DA IMPRONÚNCIA E DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

Art. 292. Ao ser intimado acerca da decisão de pronúncia, para análise da necessidade de interposição de recurso em sentido estrito, sugere-se ao defensor público que verifique:

I – se a decisão enfrentou todas as teses levantadas nas alegações finais;

II – se a decisão contém excesso de fundamentação apta a influenciar indevidamente a decisão dos jurados, já que dela recebem cópia⁵³¹, apresentando expressões tais como “a autoria é inequívoca”;

III – se há correlação da decisão com a descrição da denúncia acerca das circunstâncias qualificadoras, pois não raras vezes a fundamentação da pronúncia quanto às qualificadoras, como, por exemplo, em que consiste o motivo torpe, é diversa da denúncia, o que, sendo prejudicial ao acusado, não se pode tolerar, a menos que tenha havido a observância do disposto no art. 384 e §§, do CPP;

IV – se a decisão é carente de fundamentação, apenas apontando, por exemplo, a existência das qualificadoras narradas na denúncia, sem mencionar as provas dos autos que apontam os indícios de sua ocorrência;

⁵²⁹ Art.2º da Deliberação 011/2005, do Conselho Superior da Defensoria Pública.

⁵³⁰ Vide Decreto Estadual nº 45898 de 23.01.2012, publicado no DOMG em 24.01.2012.

⁵³¹ Art. 472, p. único, do CPP.



V – se houve a inclusão de qualificadoras ou causas de aumento de pena não narradas na denúncia, em ofensa ao art. 384 e §§, do CPP.

Art. 293. Na hipótese de impronúncia do acusado, sugere-se ao Defensor Público que interponha recurso de apelação (art. 416, do CPP) para suscitar a inconstitucionalidade da decisão, almejando a absolvição.

Art. 294. A respeito da intimação da decisão de pronúncia, zelar para que ela seja feita ao acusado, assim como ao defensor público, pessoalmente, permitindo-se a via editalícia somente após esgotados os meios de sua localização.

Parágrafo único. Havendo interposição de recurso em sentido, cuidar para que os autos não sejam remetidos ao juízo *ad quem* sem antes o acusado ser intimado, sob pena de nulidade.

SEÇÃO III DA PREPARAÇÃO DO PROCESSO PARA JULGAMENTO EM PLENÁRIO

Art. 295. Ao receber os autos na fase do art. 422 do CPP, sugere-se ao defensor público:

I – avaliar a conveniência de, desde já, suscitar nulidades que constituam óbice à sujeição do acusado a julgamento em plenário, em vez de aguardar até o momento da abertura da sessão para fazê-lo⁵³²;

II – constar na sua manifestação a cláusula de imprescindibilidade dos depoimentos das testemunhas arroladas;

III – arrolar as mesmas testemunhas do Ministério Público, caso a defesa não tenha outras próprias, para que, havendo possibilidade, possa pugnar pela substituição ou mesmo o adiamento do júri;

IV – analisar a conveniência de se requerer, em diligência, a juntada de FAC e CAC da vítima;

V – na hipótese em que tenha havido o desmembramento dos autos, avaliar a conveniência de se requerer a juntada de cópias dos autos relativos ao(s) corréu(s) em benefício do acusado para que se possa, por exemplo, quando da abertura da sessão plenária, requerer a não quesitação de qualificadora que tenha sido decotada em relação ao(s) corréu(s). Tendo havido o julgamento do(s) corréu(s), necessário é o requerimento da juntada da lista dos jurados que tenham formado o anterior Conselho de Sentença, os quais não poderão atuar no próximo, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. No cômputo das cinco testemunhas não estão incluídas vítimas e informantes, nem aquelas pessoas que nada saibam que interesse à decisão da causa.

SEÇÃO IV DA ORGANIZAÇÃO DA PAUTA

Art. 296. Na hipótese de a intimação do acusado para a sessão plenária ter sido procedida por meio de edital, recomenda-se:

⁵³² Arts. 454 e 571, ambos do CPP.

I – verificar se foram esgotados os meios de sua localização para intimação pessoal, pois não tendo sido, isso pode ser objeto de pedido de nulidade na abertura da sessão plenária, caso o acusado não compareça;

II – analisar se o edital foi publicado com o prazo de quinze dias, em analogia ao disposto no art. 361 do CPP, aplicável à espécie, e se referido prazo fora respeitado, porquanto do contrário, isso também pode ser objeto de pedido de nulidade na abertura da sessão plenária, caso o acusado não compareça.

Parágrafo único. Tratando-se de crimes praticados antes da vigência da Lei nº 9.271/96, sugere-se ao defensor público que perquiria se o acusado fora citado por edital e tivera declarada sua revelia, pois, nesses casos, inviável a intimação da pronúncia, bem como da sessão plenária, por meio de edital.

SEÇÃO V DO SORTEIO E DA CONVOCAÇÃO DOS JURADOS

Art. 297. Atentar para necessidade de intimação pessoal para sessão de sorteio dos jurados, sob pena de configuração de cerceamento de defesa.

SEÇÃO VI DA COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI E DA FORMAÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA

Art. 298. Na hipótese de se tratar de segundo julgamento do acusado, sugere-se ao defensor público que esteja atento à lista dos jurados que tenham atuado no Conselho de Sentença anterior, para, se for o caso, até o momento da abertura dos trabalhos, requerer o impedimento do jurado.

§ 1º Tratando-se de desmembramento de autos, caso não tenha sido requerida a juntada da lista dos jurados que tenham atuado no julgamento do corrêu, na fase do art. 422 do CPP, sugere-se ao defensor público que o faça, até o momento da abertura dos trabalhos, ainda que tenha sido ele mesmo o subscritor da manifestação naquela fase, por se tratar de nulidade absoluta.

§ 2º Atentar para a necessidade de que o requerimento aludido no parágrafo anterior seja consignado em ata (art. 454, do CPP).

SEÇÃO VII DA REUNIÃO E DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Art. 299. Anunciado o julgamento e apregoadas as partes, formular pedido de adiamento da sessão, caso necessário⁵³³, bem como argüir questões prejudiciais de mérito, como a extinção da punibilidade, e todas as preliminares cabíveis, que estejam a impedir o julgamento do acusado em plenário, ainda que tenha tido a oportunidade de argui-las noutra ocasião, em nome da garantia constitucional da plenitude de defesa⁵³⁴, sempre zelando para que os requerimentos sejam consignados em ata⁵³⁵.

⁵³³ Art. 457, § 1º, do CPP.

⁵³⁴ Art. 5º, XXXVIII, “a”, da CR/88.

⁵³⁵ Art. 454, do CPP.



Parágrafo único. Se o defensor público tiver sido intimado para a sessão plenária num prazo inferior a dez dias entre a intimação pessoal e a realização do ato e não se sinta apto a realizar a defesa, diante da exiguidade do prazo, sugere-se que requeira, nesse momento, o adiamento do julgamento por analogia ao disposto no art. 456, § 2º, do CPP.

Art. 300. Na hipótese de os autos serem remetidos à Defensoria Pública, considerando a ausência, sem escusa legítima, do advogado à sessão anterior, verificar se fora dada a oportunidade ao acusado de constituir outro, pois, do contrário, faz-se necessário suprir a omissão para assunção legítima da defesa pela instituição.

Parágrafo único. Antes de assumir a defesa, tratando-se de réu igualmente ausente, que tenha sido intimado regularmente para a sessão plenária, seja pessoalmente, seja por meio de edital, zelar para que seja cientificado do não comparecimento injustificado de seu causídico, ainda que também pela via editalícia.

Art. 301. Caso o acusado solto não compareça à sessão plenária, analisar a regularidade da intimação.

§ 1º Verificada a irregularidade da intimação prevista no *caput*, requerer o adiamento da sessão plenária, ficando a critério do defensor público, fundado em juízo de conveniência, e pautado na garantia da plenitude de defesa, admitir ou não que sejam suspensos os trabalhos, para que o oficial de justiça proceda à intimação do acusado e o indague se tem possibilidade de comparecer imediatamente ao plenário para ser julgado.

§ 2º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior às testemunhas, cujos depoimentos são imprescindíveis e que não foram intimadas, já que a condução coercitiva somente se aplica àquelas faltosas, mas devidamente intimadas.

§ 3º O abandono de plenário é medida extrema, cabendo ao defensor público avaliar a necessidade de fazê-lo, como na hipótese prevista no §1º deste artigo.

SEÇÃO VIII DA INSTRUÇÃO EM PLENÁRIO

Art. 302. Iniciada a instrução plenária:

- I** – zelar para que a testemunha não manifeste suas apreciações pessoais⁵³⁶;
- II** – na hipótese de constatado o perjúrio, logo após o término da oitiva, manifestar o interesse em que seja quesitado o falso testemunho, caso em que a testemunha não poderá ser dispensada até o término do julgamento⁵³⁷;
- III** – na hipótese de os jurados manifestarem interesse em formular perguntas ao ofendido, às testemunhas e ao acusado, requerer sejam elas dirigidas por escrito ao juiz Presidente, de forma a zelar pelo sigilo das votações;

⁵³⁶ Art. 213, do CPP.

⁵³⁷ Art. 211, p. único, do CPP.

IV – indeferido o pedido descrito no inciso anterior e constatada que a pergunta do jurado expressa juízo de valor, apto a influenciar a decisão dos demais, pleitear, na oportunidade, a dissolução do conselho, fazendo constar em ata seu pedido;

V – avaliar, verificada a hipótese do inciso anterior, a conveniência de abandono do plenário.

Parágrafo único. Após a oitiva do ofendido e das testemunhas, mas antes do interrogatório do acusado e, verificada a necessidade, requerer a leitura de peças ao juiz presidente, designadamente se a medida não comprometer o tempo dos debates.

Art. 303. Durante o interrogatório:

I – requerer a favor do acusado preso, caso seja sua vontade e a família tenha providenciado as vestimentas adequadas, que ele se apresente sem o uniforme do estabelecimento prisional;

II – não permitir que o acusado preso se apresente algemado, salvo necessidade extrema devidamente fundamentada, a qual, tanto quanto possível, não deve ser salientada para os jurados, a fim de que não o julguem sem amparo no caso concreto, mas sim baseados numa periculosidade em abstrato;

III – zelar para que o acusado não seja humilhado e tenha contra si dirigidas perguntas que revelem a adoção de um direito penal do autor e que acarretem influência indevida na convicção dos jurados;

IV – pedir a dispensa da escolta policial para o acusado solto, fazendo constar em ata eventual indeferimento do pedido.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso I, não recolher as roupas do preso junto aos familiares, deixando tal tarefa a cargo dos serventuários da justiça ou dos agentes policiais para que não se comprometa caso sejam localizados objetos indevidos em meio ao material entregue.

SEÇÃO IX DOS DEBATES

Art. 304. Durante os debates:

I – orientar o acusado a não se manifestar, para que não seja retirado da sessão⁵³⁸;

II – fazer uso do aparte⁵³⁹, ainda que de forma insistente, para que o promotor abstenha-se de usar argumento de autoridade como fundamento para a condenação, leitura de peças e exibição de objetos alheios aos autos ou a eles juntados de forma irregular⁵⁴⁰, fazendo-se de tudo constar em ata;

III – fazer uso do aparte⁵⁴¹, ainda que de forma insistente, para evitar que o acusado seja achincalhado, fazendo-se de tudo constar em ata;

⁵³⁸ Art. 497, VI, do CPP.

⁵³⁹ Art.497, XII do CPP.

⁵⁴⁰ Arts. 478 e 479, ambos do CPP.

⁵⁴¹ Art.497, XII, do CPP.



IV – criar óbices ao promotor para leitura de cópias de jurisprudência e doutrina que não estejam juntadas aos autos ou que tenham sido juntadas de forma extemporânea, caso as considere prejudiciais ao acusado;

V – proceder a leitura de cópias de jurisprudência e doutrina, ainda que não juntadas, em nome da garantia da plenitude de defesa;

VI – evitar qualquer tentativa do promotor de interromper sua explanação com o nítido propósito de desarticular as teses defensivas, exigindo a intervenção do juiz presidente, nos termos do art. 497, III, do CPP, ou, em caso extremo, abandonando o plenário por cerceamento de defesa;

VII – fazer menção ao acórdão que anulou o anterior julgamento a favor do réu, considerando que para fins de caracterização do argumento de autoridade, seja para beneficiar, seja para prejudicar o acusado, o art. 478, I do CPP só menciona as decisões que tenham julgado admissível a acusação;

VIII – na hipótese de negativa de autoria como tese principal, sustentar, no que diz respeito ao quesito absolutório, a absolvição não só por clemência, mas principalmente por insuficiência de provas, nos termos do art. 386, VII, do CPP, com vistas a se evitar que o TJMG anule o julgamento, ao fundamento de contradição entre a resposta positiva ao segundo quesito e também positiva ao terceiro quesito, quando a defesa sustenta a negativa de autoria como tese principal para a absolvição;

IX – sustentar não só as causas de diminuição de pena que pretenda sejam objeto de apreciação pelos jurados, mas também mencionar as atenuantes que entenda cabíveis, fazendo constar em ata os pedidos, pois, a despeito de serem as circunstâncias legais objeto de apreciação tão somente do juiz presidente, há decisões, que, aplicando literalmente o art. 492, I, “b”, do CPP, têm afastado a aplicação de atenuantes e agravantes não debatidas em plenário;

X – explicar aos jurados os quesitos, esclarecendo a resposta que pretende em cada um deles;

XI – observar a ordem de recolhimento dos votos válidos e do descarte, com vistas a se evitar erro ou contradição na votação;

XII – requerer, sempre que os jurados se manifestarem quanto à necessidade de esclarecimentos, sejam os pedidos dirigidos por escrito ao juiz presidente, de forma a zelar pelo sigilo das votações;

XIII – pleitear a dissolução do conselho quando indeferido o pedido mencionado no inciso anterior e constatado que a manifestação do jurado expressa juízo de valor, apto a influenciar a decisão dos demais, fazendo constar em ata seu pedido;

XIV – avaliar, na hipótese do inciso anterior, a necessidade de abandono do plenário, medida considerada extrema e sempre pautada na conveniência, razoabilidade e na garantia de plenitude de defesa.

Parágrafo único. Como após os debates a lei autoriza a reinquirição de testemunhas, avaliar a conveniência ou não de dispensá-las logo após sua oitiva, não se esquecendo de manifestar expressamente sua vontade ao Juiz Presidente.

Art. 305. Na hipótese de o juiz presidente considerar a verificação de fato essencial ao julgamento da causa, nos termos do art. 481, do CPP, avaliar se a medida não está preclusa para o Ministério Público ou se não ofende os princípios da imparcialidade e inércia da jurisdição.

Parágrafo único. Verificada a hipótese do *caput*, registrar em ata a contrariedade à medida e, posteriormente, adotar as medidas cabíveis, como, por exemplo, a impetração de *habeas corpus* ou medida de segurança criminal.

SEÇÃO X DO QUESTIONÁRIO E SUA VOTAÇÃO

Art. 306. Sobre a redação e ordem de formulação dos quesitos:

I – zelar, na hipótese de contrariedade entre os termos da pronúncia ou de decisões posteriores que tenham julgado admissível a acusação e a denúncia, para que os termos daquelas decisões prevaleçam na redação dos quesitos, caso sejam mais favoráveis ao acusado, com fulcro no parágrafo único do art. 482 do CPP;

II – evitar a cisão do quesito da materialidade, em prejuízo do acusado, fazendo constar em ata sua contrariedade, porquanto a lei não regulamenta a medida, e, por outro lado, estabelece expressamente que a resposta negativa, por maioria de votos, ao primeiro quesito importa absolvição do acusado⁵⁴²;

III – requerer, fazendo constar da ata, sempre que a tese de desclassificação seja subsidiária à tese da absolvição, que aquela seja formulada após o quesito absolutório, mesmo que a tese da desclassificação esteja relacionada ao quesito da tentativa, diante do conflito aparente de normas, estabelecido entre a redação dos §§ 4º e 5º do art. 483 do CPP, que deve ser resolvido a favor do acusado;

IV – evitar a quesitação de circunstâncias qualificadoras ou de causas de aumento de pena não reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que tenham julgado admissível a acusação, fazendo constar em ata sua contrariedade.

Art. 307. Sobre a votação dos quesitos:

I – requerer, sempre que os jurados se manifestarem quanto à necessidade de esclarecimentos, sejam os pedidos dirigidos por escrito ao juiz presidente, de forma a zelar pelo sigilo das votações.

II – pleitear a dissolução do conselho quando indeferido o pedido mencionado no inciso anterior e constatado que a manifestação do jurado expressa juízo de valor, apto a influenciar a decisão dos demais, fazendo constar em ata seu pedido;

III – avaliar, na hipótese do inciso anterior, a necessidade de abandono do plenário, medida considerada extrema, sempre pautado na conveniência, razoabilidade e na garantia de plenitude de defesa;

⁵⁴² Art. 483, § 1º, do CPP.



IV – zelar para o juiz presidente proceda à leitura dos quesitos aos jurados, explicando-lhes o significado de cada um, se possível, inclusive, indicando-lhes a resposta que as partes pretendem em cada um deles;

V – manifestar oposição à abertura inicial de todas as cédulas, fazendo constar em ata a contrariedade, eis que o art. 489 do CPP estabelece que as decisões do conselho de sentença são tomadas por maioria;

VI – zelar, na hipótese de resposta contraditória aos quesitos e necessidade de nova votação, nos termos do art. 490 do CPP, para que os jurados não sejam influenciados em prejuízo do acusado⁵⁴³.

SEÇÃO XI DA ATA DOS TRABALHOS

Art. 308. Acompanhar a confecção da ata ao longo do julgamento, zelando para que esta descreva não só as ocorrências delimitadas nos incisos do art. 495 do CPP, mas todos os pedidos formulados pela defesa ao longo dos trabalhos, sobretudo aqueles indeferidos, evitando, dessa forma, eventual alegação de preclusão.

⁵⁴³ Por exemplo, tratando-se de vítimas distintas, havendo contradição na resposta ao quesito absolutório, sugere-se ao Defensor, fazendo constar em ata sua manifestação, que se oponha à reformulação somente da absolvição, ainda que a condenação tenha ocorrido antes, porque não se pode presumir que o erro dos jurados esteja na segunda série de quesitos, pois, nada impede que a votação da segunda série seja reflexo do resultado da primeira, de modo a ter sido respondida para se corrigir o erro cometido anteriormente.

Parte Segunda: LIVRO IX – Da Atuação em Matéria Criminal
11.2

TÍTULO II DA ATUAÇÃO NOS CRIMES EM ESPÉCIE DO CÓDIGO PENAL

CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

SEÇÃO I DO HOMICÍDIO

SUBSEÇÃO I HOMICÍDIO SIMPLES

Art. 309. O delito de homicídio exige a comprovação do *animus necandi*.

§ 1º Não havendo confissão expressa acerca do *animus*, cabe ao defensor público analisar os dados objetivos que circundam os fatos, tais como:

I – o local da(s) lesão(ões);

II – a quantidade da(s) lesão(ões);

III – a conduta do agente posterior aos fatos⁵⁴⁴, especialmente para a finalidade de pleitear a desclassificação da conduta inicialmente imputada.

§ 2º Sendo consumado o crime, o defensor público poderá, de acordo com o caso concreto, defender as teses de desclassificação para os delitos de lesão corporal seguida de morte ou de homicídio culposos.

§ 3º Sendo tentado o crime, as teses defensivas variarão de acordo com a natureza da tentativa:

I – tratando-se de tentativa cruenta, com efetiva lesão à vítima, o defensor público poderá defender a tese de desclassificação para os delitos de lesão corporal leve, grave ou gravíssima, conforme o caso;

II – tratando-se de tentativa branca, sem lesão à vítima, as teses defensivas se ampliam segundo o caso concreto, podendo-se defender até mesmo a absolvição por ausência de elementos constitutivos de quaisquer crimes ou a desclassificação, por exemplo, para os delitos de disparo ou porte de arma de fogo, ameaça, constrangimento ilegal, dentre outros;

III – em qualquer caso, o defensor público deve-se atentar para as implicações da desclassificação, tais como, o implemento da prescrição ou da decadência ao direito de representação e a possibilidade de aplicação ao acusado dos benefícios da Lei nº 9.099/95, a exemplo do *sursis*.

⁵⁴⁴ Se houve ou não prestação de socorro, por exemplo, que pode consistir na comunicação da ação a qualquer pessoa, não necessariamente no acionamento do SAMU.



SUBSEÇÃO II DA PENA

Art. 310. Sobre a primeira fase de fixação da pena⁵⁴⁵, o defensor público deve-se atentar aos fundamentos costumeiramente utilizados pelos magistrados para aumentá-la, fundamentos estes inerentes ao próprio delito e que, portanto, não podem embasar a exacerbação da pena-base, devendo ser combatidos em recurso próprio^{546 547};

Art. 311. Na segunda fase de fixação da pena, o defensor público deve-se atentar para o registro na ata de julgamento das atenuantes e agravantes debatidas em plenário.

§ 1º Desde a reforma do CPP em 2008, as circunstâncias legais não mais são quesitadas aos jurados. No entanto, tendo em vista a redação da alínea “b” do inciso I do artigo 492 do CPP⁵⁴⁸, a jurisprudência tem caminhado no sentido de considerar obrigatória, para a aplicação das circunstâncias legais, sua sustentação em plenário pelas partes, o que deve constar da ata de julgamento.

§ 2º A questão não é pacífica, todavia, tratando-se de agravantes, sugere-se ao defensor público, em recurso próprio, sustentar o decote daquelas que porventura tenham sido reconhecidas na sentença, mas cuja alegação nos debates não conste da ata de julgamento⁵⁴⁹.

§ 3º Ao contrário, tratando-se de atenuantes, sugere-se ao defensor público sustentar sua aplicação, ainda que não tenham sido debatidas no plenário, em razão dos princípios da plenitude de defesa e da individualização das penas⁵⁵⁰.

Art. 312. Na terceira fase de fixação da pena, o defensor público deve-se atentar para o que se segue:

I – tratando-se de crime tentado, a fração de redução da pena pela tentativa deve ser aplicada dentro do limite de 1/3 a 2/3⁵⁵¹, conforme o *iter criminis*, de modo que quanto mais próximo o agente se aproxime da consumação do delito, menor deva ser a fração de redução e, ao contrário, quanto menos se aproxime da consumação maior deva ser a fração de redução⁵⁵²;

⁵⁴⁵ Artigo 59 c/c art. 68, ambos do Código Penal.

⁵⁴⁶ Artigo 593, III, c, do Código de Processo Penal.

⁵⁴⁷ Exemplificadamente: culpabilidade acentuada ou personalidade desvirtuada, diante do desapareço pela vida humana; consequências graves, eis que uma vida humana se perdeu, etc.

⁵⁴⁸ Estabelece que o Juiz Presidente, ao proferir a sentença, analisará as atenuantes e agravantes alegadas nos debates.

⁵⁴⁹ TJMG – Apelação Criminal nº 1.0132.08.012118-0 – da Comarca de Carandaí.

⁵⁵⁰ STF – *Habeas Corpus* nº 106.376/MG – Pub.: 01.06.2011.

⁵⁵¹ Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário.

⁵⁵² Nesse sentido, não importa, por exemplo, o número de disparos de arma de fogo ou golpes de faca efetuados pelo agente contra a vítima, pois, se, a despeito de sua quantidade, o ofendido não tiver sofrido perigo de vida, o acusado fará jus à redução da pena na fração máxima, o que se sugere ao Defensor sustentar em sua defesa.

II – tratando-se de homicídio privilegiado⁵⁵³, não há consenso acerca do critério a ser usado pelo magistrado na escolha entre os limites de 1/6 a 1/3 de redução da pena;

III – na hipótese do inciso anterior, seja qual for o critério utilizado pelo juiz, ele deve estar expresso na sentença, ao que o defensor público deve estar atento para sustentar em recurso próprio a nulidade do julgado ou a aplicação imediata da maior fração de redução pelo Juízo *ad quem*, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, já que tal nulidade pode ser suprida desde já em favor da parte que a alega⁵⁵⁴.

Art. 313. São causas especiais de diminuição de pena⁵⁵⁵:

I – relevante valor social;

II – relevante valor moral;

III – domínio de violenta emoção logo após à injusta provocação da vítima.

§ 1º Valor social é aquele difundido na sociedade como um todo, trata-se de um padrão de comportamento ou de pensamento que a maioria das pessoas considerada como correto⁵⁵⁶.

§ 2º Valor moral é aquele que considera as particularidades do agente, cuja formação pode destoar de determinado padrão, em razão de sua própria condição de vida, influenciada, por exemplo, por regionalismos⁵⁵⁷.

§ 3º Domínio de violenta emoção logo após à injusta provocação da vítima exige um lapso temporal razoável entre a ação da vítima e a reação do acusado para que este faça jus à minorante em questão. Como cediço, não há um limite de tempo definido em lei para análise do cabimento da minorante, mas é preciso que o defensor público esteja atento ao fato de que, não necessariamente, a quantidade de horas entre a injusta provocação da vítima e a conduta do acusado a descaracterizará⁵⁵⁸.

⁵⁵³ O homicídio propriamente denominado privilegiado é aquele que se constitui como o contraponto do homicídio qualificado, ou seja, é aquele cujos limites mínimo e máximo da sanção são inferiores àqueles estabelecidos no caput do artigo 121 do Código Penal. É o caso do infanticídio. No entanto, em virtude de um erro, por assim dizer consagrado, é comum o uso da citada terminologia para a hipótese da causa de diminuição de pena estabelecida no § 1º do referido artigo.

⁵⁵⁴ Apesar da falta de consenso, o critério usual para a aferição da fração de redução na hipótese de injusta provocação da vítima é a medida do grau da provocação, ou seja, o quão determinante é a postura da vítima para a reação do agente, de modo que quanto maior for o grau da provocação, maior será a fração de redução aplicável ao caso. Vide TJMG – Apelação Criminal nº 1.0231.06.065938-1/001 da Comarca de Ribeirão das Neves sobre a aplicação da fração de redução máxima diretamente pelo Tribunal em caso de omissão da sentença.

⁵⁵⁵ Artigo 121, §1º, do Código Penal.

⁵⁵⁶ Exemplificadamente, a tese da “legítima defesa” da honra de terceiro (caso do pai que mata o estuproador da filha menor, p. ex.) pode ser discutida como relevante valor social para a diminuição da pena do agente, caso sua ação não tenha sido imediata, isto é, logo após à injusta provocação da vítima.

⁵⁵⁷ Exemplificadamente, a tese da “legítima defesa” da honra (caso do marido traído que mata a esposa e/ou o amante) pode ser discutida como relevante valor moral para a diminuição da pena do agente, caso sua ação não tenha sido imediata, isto é, logo após à injusta provocação da vítima.

⁵⁵⁸ Exemplificadamente: a vítima provoca injustamente o acusado e foge em seguida. O acusado, dominado por violenta emoção, sai a seu encalço e somente após 24h de perseguição ininterrupta é que a ataca. Nesse caso, sugere-se ao Defensor sustentar em seu favor a minorante em testilha, apesar do lapso temporal.



Art. 314. Deve o defensor público atentar para a incompatibilidade das causas de diminuição de pena com as qualificadoras do delito de homicídio e também com as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP:

I – a redução da pena em razão dos motivos de relevante valor social ou moral guarda incompatibilidade lógica com a ocorrência do delito de homicídio qualificado pelos motivos torpe e fútil, razão pela qual, no plenário, a causa de diminuição em questão deve ser quesitada antes das qualificadoras relativas aos motivos do crime, para que estas sequer sejam quesitadas na hipótese de reconhecimento da referida minorante;

II – a redução pena em razão do domínio de violenta emoção logo após à injusta provocação da vítima guarda incompatibilidade não são só com as qualificadoras dos motivos torpe e fútil, mas também com a qualificadora da surpresa. Assim, sugere-se ao defensor público:

a) na primeira hipótese, sustentar que há incompatibilidade lógica em se reputar como repugnante ou frívola, que são, respectivamente, características das qualificadoras dos motivos torpe e fútil, a reação imediata do agente a uma injusta provocação da vítima;

b) na segunda hipótese, sustentar que a qualificadora do recurso que impossibilitou ou dificultou a defesa do ofendido se traduz numa postura do agente de estudar um meio capaz de levar à consumação de seu intento e que, portanto, se traduz numa forma de colher a vítima de surpresa, tais como nos casos de traição ou emboscada⁵⁵⁹. Por conseguinte, no plenário, sugere-se ao defensor público que não permita a quesitação da qualificadora da surpresa, caso os jurados reconheçam a causa de diminuição de pena na modalidade ora discutida, registrando-se em ata o protesto, não sendo acolhido o pedido pelo Juiz Presidente.

III – a redução da pena em razão dos motivos de relevante valor social ou moral guarda incompatibilidade lógica com a análise desfavorável das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, atinentes à culpabilidade, aos motivos e às circunstâncias do crime;

IV – a redução da pena em razão do domínio de violenta emoção logo após à injusta provocação da vítima também guarda incompatibilidade lógica com a análise desfavorável das circunstâncias judiciais referidas no inciso anterior, bem como com aquela atinente ao comportamento do ofendido.

SUBSEÇÃO III DO HOMICÍDIO QUALIFICADO

Art. 315. Sobre o homicídio cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou outro motivo torpe, observar que a vingança é comumente o elemento utilizado na denúncia/pronúncia para imputar ao agente a qualificadora em questão.

§ 1º A vingança, ao contrário do que normalmente é sustentado, não é de *per se* abjeta, de modo a ser imperioso o cuidadoso exame do caso concreto para concluir se ela configura, de fato, a qualificadora em tela.

⁵⁵⁹ A surpresa, como se vê, envolve, inevitavelmente, certa premeditação, que é incompatível com a reação do agente, sob domínio de violenta emoção, logo após à injusta provocação da vítima

§ 2º Sugere-se ao defensor público atentar-se não só para o senso comum, mas também para as condições pessoais do agente, pois, de acordo com o meio no qual ele está inserido, a vingança pode ser vista como natural, ou seja, como uma reação instintiva e não repugnante^{560 561}.

Art. 316. Sobre o homicídio cometido por motivo fútil, observar que o ciúme é comumente capitulado como motivo fútil, muito embora haja entendimento de que configuraria, em verdade, o motivo torpe.

§ 1º Seja qual for a capitulação, sugere-se ao defensor sustentar a tese de que referido sentimento, por ser intrínseco a outro sentimento nobre – o amor – e que permeia as relações humanas, é incompatível com a banalidade que caracteriza o motivo fútil, bem como com a repugnância que constitui o motivo torpe⁵⁶²:

§ 2º Ainda sobre o motivo fútil, há entendimento no sentido de que a discussão anterior à prática do crime, seja qual for o seu conteúdo, mas desde que seja ela o mote da conduta, afasta a frivolidade da ação. Assim, sugere-se ao defensor público sustentar referida tese para o pedido de afastamento da qualificadora em questão⁵⁶³.

§ 3º É importante o defensor público também estar atento à narrativa da denúncia, a qual, é cediço, não pode ser genérica. Portanto, se a denúncia correlaciona a futilidade da ação a uma discussão, ela tem que descrever em que consistiu essa banalidade, não bastando, por óbvio, apontar meramente “a discussão banal”, sem maiores detalhes, como fundamento para a capitulação do motivo fútil, sob pena de inépcia.

§ 4º Sugere-se ao defensor público rejeitar a tese da ausência de motivo como fundamento da denúncia para imputação da qualificadora em questão (ou mesmo da qualificadora do motivo torpe), uma vez que a ausência de motivo revela, em verdade, a falta de provas acerca do efetivo mote do crime, o que, obviamente, não pode ser usado contra o acusado, sobretudo para imputar-lhe um crime de natureza mais grave⁵⁶⁴;

⁵⁶⁰ Exemplificadamente: o agente que, segundo suas condições pessoais, mata ou tenta matar a vítima para “limpar a sua honra”, o que pode não excluir a ocorrência do crime, mas sim a caracterização do motivo torpe.

⁵⁶¹ Referência: TJMG – EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DECOTE DA QUALIFICADORA - V.V O **motivo torpe**, como causa de exasperação significativa da pena do crime de homicídio, deve representar a motivação abjeta, repugnante, além daquela já inerente ao homicídio em si. Em tal conceituação não se insere a conduta do agente que agride fatalmente o ofendido por este ter agredido violentamente a esposa daquele, **sendo que nem toda vingança configura torpeza. Emb Infring e de Nulidade 1.0024.02.705887-4/002 7058874-76.2002.8.13.0024 (1).**

⁵⁶² Referência: TJMG – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: 10327100014155001 MG, Relator: Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento: 19/03/2015, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/03/2015. A motivação do crime em decorrência de ciúme, embora seja reprovável, não pode ser compreendida como pequena, banal ou desproporcional, não podendo se concluir que o referido sentimento, que naturalmente permeia as emoções humanas, seja considerado fútil.

⁵⁶³ Referência: TJMG – (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0363.04.016323-2/001 – COMARCA DE JOÃO PINHEIRO – RECORRENTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS – RECORRIDO(S): JÚLIO CÉSAR SOUZA – RELATOR: EXMO. SR. DES. HERCULANO RODRIGUES. Se o crime está ligado diretamente à discussão havida, e não ao motivo do entrevero, não há falar em motivo fútil, que não se confunde com motivo injusto.

⁵⁶⁴ Referência: STJ – RESP. 769651/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T. DJ15/05/2006: Como é sabido, fútil é o motivo insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral. Não se pode confundir, como se pretende, ausência de motivo com futilidade. Assim, se o sujeito pratica o fato sem razão alguma, não incide essa qualificadora, à luz do princípio da reserva legal.



Art. 317. No que diz respeito não só à qualificadora do fútil, mas também à do motivo torpe, sugere-se ao defensor público analisar se a narrativa da denúncia encontra correspondência com a situação fática efetivamente comprovada nos autos, pois, do contrário, recomenda-se pleitear o decote de uma ou de outra qualificadora, sob o fundamento de que o motivo não pode ser presumido, vez que deve exsurgir claramente do acervo probatório.

Art. 318. Quanto às qualificadoras dos motivos torpe e fútil, sugere-se ao defensor público, no caso de concurso de pessoas, analisar detidamente a narrativa dos fatos para avaliar a possibilidade de sustentar, na forma do artigo 30 do CP⁵⁶⁵, a incomunicabilidade de cada uma delas entre os agentes, ao fundamento de que tratam de circunstâncias de caráter pessoal – e não de elementares do crime de homicídio.

Art. 319. Atentar para a impossibilidade de coexistência dos motivos torpe e fútil, numa mesma circunstância fática, em razão da divergência conceitual entre tais qualificadoras.

Art. 320. Sobre o homicídio cometido com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum:

I – para que o emprego de veneno, fogo, asfixia ou tortura configurem o meio cruel é imprescindível que tais elementos estejam diretamente relacionados à *causa mortis*, razão pela qual o defensor público deve estar atento à conclusão do relatório de necropsia, para, de acordo com seus termos, requerer o decote da presente qualificadora ou mesmo para requerer esclarecimentos aos peritos sobre a real causa da morte⁵⁶⁶.

II – sobre o meio cruel, espécie de capitulação pela fórmula genérica, ou seja, por elemento análogo aos anteriores tais como veneno, tortura e asfixia, sugere-se ao defensor público sustentar a tese de que a configuração da qualificadora exige a demonstração do sentimento de sadismo do agente para com o sofrimento da vítima, de modo que só poderá haver a conclusão pelo emprego do meio cruel se este tiver sido escolhido propositadamente pelo agente com vistas a prolongar ao máximo o sofrimento da vítima antes da morte^{567 568};

⁵⁶⁵ Referência: STJ, HC 78404/RJ, Dje 9/2/2009 – Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no caput) são elementares; aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias. No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, ex vi do art. 30 do CP, incomunicável. É nulo o julgamento pelo júri em que o Conselho de Sentença acolhe a comunicabilidade automática de circunstância pessoal com desdobramento na fixação da resposta penal in concreto.

⁵⁶⁶ Referência: TJCE, Apen. 1998.02737-3, 2ª Câmara. DJCE 7/4/2000 – Negando o exame pericial o emprego de meio cruel para a execução do homicídio, tal qualificadora só poderá ser acolhida se houver nos autos provas suficientes para desconstituir tal exame.

⁵⁶⁷ Nesse sentido é que a quantidade de disparos de arma de fogo ou de golpes de faca, por si só, não configura o meio cruel, pois se os disparos ou golpes tiverem sido efetuados repetidamente num curto intervalo de tempo não há que se falar em prolongamento do sofrimento, ao contrário, estará caracterizada a intenção de consumação rápida do delito, que é incompatível com a compreensão do que seja o meio cruel.

⁵⁶⁸ Referência: TJSC, RECURSO CRIMINAL 2012.080804-9, J. 23/5/2013 – A orientação que tem preponderado na doutrina e na jurisprudência é de que a qualificadora do meio cruel somente se configura quando, de alguma forma, além do resultado morte, o agente busca infligir na vítima sofrimento desnecessário.

III – a respeito do perigo comum, é preciso que o defensor público esteja atento à prova do efetivo risco a terceiros, pois não basta, por exemplo, que o crime tenha sido cometido em via pública ou em local habitado para que a qualificadora em questão se configure, para tanto, é imprescindível que outras pessoas tenham ficado efetivamente expostas ao risco da conduta.^{569 570};

IV – caso algum terceiro venha a ser efetivamente atingido e a denúncia, então, além da capitulação do delito de homicídio qualificado pelo perigo comum, tenha capitulado aquele fato como delito autônomo, o defensor público deve estar atento à prova do efetivo risco a outras pessoas não atingidas, pois, do contrário, a imputação da qualificadora do perigo comum e do delito autônomo constitui *bis in idem*.

Art. 321. Sobre o homicídio praticado à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, observar que a qualificadora em questão exige especial porque é a mais comumente capitulada na denúncia.

§ 1º A capitulação da qualificadora aludida no *caput* ocorre, especialmente, por uma interpretação absolutamente equivocada do que seja o elemento surpresa⁵⁷¹. A surpresa, como se vê, sendo análoga àqueles elementos, envolve, inevitavelmente, certa premeditação, a qual há de estar devidamente comprovada nos autos para imputação da qualificadora em questão.

§ 2º A caracterização fática da surpresa ou de outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima se dá em momento anterior à prática do crime e não no decorrer de sua execução^{572 573}.

§ 3º Sugere-se ao defensor público utilizar a discussão, agressão ou ameaça prévias à ação criminosa como argumentos para afastar a qualificadora da surpresa, ainda que a reação do agente não tenha sido imediata⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ Assim é que, afastada estará a qualificadora, a despeito, por exemplo, de o agente ter efetuado inúmeros disparos de arma de fogo contra a vítima em um bar repleto de clientes, ou no interior de um transporte coletivo, se os disparos tiverem sido certos.

⁵⁷⁰ Referência: TJMG RESE 1.0024.09.539661-0/001, Dje 10.01.14. Embora os disparos tenham sido efetuados dentro do bar do ofendido, a qualificadora prevista na parte final do inciso III do § 2º do art. 121 do CP, diante da improvação de que elevado e indeterminado de número de pessoas foram expostas a perigo pelos disparos efetuados pelo recorrente, deve ser excluída.

⁵⁷¹ Ou, nos termos da lei, o outro recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa do ofendido), que é o elemento análogo aos anteriores, tais como a emboscada e a traição, que, por sua vez, traduzem uma postura do agente de estudar um meio capaz de levar à consumação de seu intento, de modo a colher a vítima de maneira absolutamente inesperada.

⁵⁷² Nesse sentido é que a superioridade numérica de agentes ou de armas, por si só, não caracteriza a qualificadora da surpresa, o que se sugere ao defensor público analisar para, se for o caso, requerer o respectivo decote.

⁵⁷³ Referência: TJRS, RESE 70008516601, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Antônio Hirt Preiss, jul. 19/08/2004 QUALIFICADORAS. MOTIVO TORPE. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VITIMA. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. A natureza da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima reside na impossibilidade ou dificuldade criada previamente e não no decorrer da execução do crime. A ampla possibilidade de fuga afasta essa qualificadora. 2. RECURSO MINISTERIAL. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO EM DECISÃO UNÂNIME. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA AFASTANDO DA PRONÚNCIA AS QUALIFICADORAS, VENCIDO O RELATOR.

⁵⁷⁴ Noutras palavras, o fato, por exemplo, de o agente cumprir a ameaça dias depois, a partir de um encontro casual com a vítima, não configura a surpresa que qualifica o delito de homicídio, porque ainda que o conceito de surpresa, em princípio, seja amplo, para fins de configuração da qualificadora em tela, ele necessariamente tem de estar vinculado à compreensão do que seja traição e emboscada, elementos que, como dito, guardam intrinsecamente em seu conceito a ideia de premeditação.



§ 4º Diante da compreensão da *mens legis* sobre o elemento surpresa é que se sugere também ao defensor público sustentar, como regra, o decote da qualificadora nas hipóteses de embriaguez ou torpor do agente, já que, sob o efeito de álcool ou de drogas, ele não se encontra em condições de arquitetar uma forma de colher a vítima de maneira inesperada.

§ 5º Sugere-se ao defensor público, outrossim, nos delitos de homicídio cujo pano de fundo seja o delito de tráfico de drogas, sustentar o decote da qualificadora, ao argumento de que se tratando o tráfico de drogas de verdadeiro poder paralelo, com regras próprias, nas quais a máxima é matar ou morrer, todo aquele que se insere no seu sistema sabe que qualquer falha, como a dívida não saldada ou a delação, é retaliada com a morte, não sendo, pois, o ataque, nesses casos, repentino, apesar de comumente certo.

§ 6º A qualificadora sob comento também se configura por meio do emprego da dissimulação, razão pela qual deve o defensor público observar a reação da vítima diante da atitude do agente, pois a dissimulação consiste no fato de o agente dar falsas mostras de amizade à vítima, mostras estas que sejam capazes efetivamente de ludibriá-la e, assim, colhê-la de maneira absolutamente inesperada.

Art. 322. Sobre o homicídio cometido para assegurar a execução, a ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime, sugere-se ao defensor público que analise criteriosamente a narrativa fática da denúncia/pronúncia, de modo que, não sendo observada a conexão entre os crimes, já que o homicídio aqui deve ter relação com outro crime, pleiteie o afastamento desta qualificadora.

§ 1º A qualificadora em questão, assim como as que tratam do motivo torpe e fútil, está relacionada ao motivo do crime; logo, também é de natureza subjetiva. Assim, sugere-se ao Defensor, em caso de concurso de pessoas, analisar detidamente a narrativa dos fatos, para avaliar a possibilidade de sustentar sua incomunicabilidade entre os agentes, ao fundamento de que se trata de circunstância de caráter pessoal – e não de elementar do crime de homicídio –, a qual, portanto, na forma do artigo 30 do Código Penal, é incomunicável;

§ 2º Ainda quanto a esta qualificadora, o Defensor deve-se atentar, como fundamento para o pedido de decote, para possível ocorrência de dupla imputação, configuradora de *bis in idem*, nas hipóteses em que, além desta circunstância, for atribuída ao acusado outra qualificadora de natureza subjetiva, relacionada também ao motivo – especialmente aquela referente à torpeza. Nesse particular, importante também o Defensor estar atento ao fato de que a denúncia não pode ter narrativa alternativa, imputando ao acusado um motivo ou outro para a prática do delito.

Art. 323. Sobre o homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino⁵⁷⁵, imperioso destacar que a qualificadora foi incluída no CP por meio da Lei nº 13.104/15, com efeitos a partir da 09 de março de 2015, razão pela qual não pode ser argüida nos crimes cometidos antes de tal data.

⁵⁷⁵ Femicídio.

§ 1º Recomenda-se ao defensor público que analise a ocorrência dos requisitos fáticos para a incidência da qualificadora⁵⁷⁶, explicitados no art. 121, §2º-A, do CP, a saber:

I – quando o crime envolve violência doméstica e familiar;

II – quando o crime envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

§ 2º Recomenda-se ao defensor público atentar para a possível ocorrência de *bis in idem* na imputação da qualificadora em comento em conjunto com a qualificadora do motivo torpe, já que ambas são de natureza subjetiva.

§ 3º Recomenda-se ao defensor público atentar para a incompatibilidade da presente qualificadora com a minorante do § 1º do art. 121 do CP, a fim de fundamentar o pedido de afastamento da pretensão acusatória de sua incidência.

Art. 324. Sobre o homicídio cometido contra determinados agentes públicos (arts. 142 e 144 da CR/88), no exercício da função ou em decorrência dela⁵⁷⁷, necessário observar não só o cargo e/ou função exercida pela vítima, mas também a prova de que o crime contra ela tenha sido praticado no momento do exercício da função ou em razão desta.

§ 1º A qualificadora em questão também se configura de acordo com a condição da vítima de ser cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até o terceiro grau dos agentes públicos aludidos no *caput*.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, o defensor público deve estar atento à vinculação do crime contra tais parentes à intenção do acusado de atingir aqueles agentes públicos, de modo que não basta a mera condição da vítima, por exemplo, de ser esposa de policial militar, para que a qualificadora se configure, sendo imperioso que o crime contra ela tenha como pano de fundo o exercício da função exercida pelo cônjuge.

SUBSEÇÃO IV DA PENA

Art. 325. Sobre a aplicação da pena, o defensor público deve-se atentar:

I – na primeira fase de sua fixação, para eventuais exageros do Juiz Presidente, em razão do reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, de mais de uma qualificadora, de modo a pleitear, em sede de recurso próprio⁵⁷⁸, a observância do princípio da proporcionalidade na aplicação da reprimenda⁵⁷⁹;

⁵⁷⁶ Para fins de configuração da qualificadora, necessário que a prática do delito de homicídio direciona-se à mulher, exclusivamente pela condição do sexo feminino. Não basta que o crime tenha como vítima a mulher, sem correlação com o gênero feminino, para que a qualificadora se configure, o que se sugere ao Defensor analisar, para requerer o decote, caso aqueles requisitos não estejam amparados em prova inequívoca dos autos.

⁵⁷⁷ Inciso VII do § 2º do art. 121 do CP.

⁵⁷⁸ Artigo 593, III, “c”, do Código de Processo Penal.

⁵⁷⁹ Referência: TJMG, APR: 10522120020279002 MG, Relator: Sálvio Chaves, Data de Julgamento: 12/03/2015, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 20/03/2015 APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – TRIBUNAL DO JÚRI – EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS – UTILIZAÇÃO DE UMA DELAS PARA QUALIFICAR O DELITO E DA OUTRA PARA AUMENTAR A PENA-BASE – RECURSO PROVIDO EM PARTE. A incidência de duas qualificadoras para o delito, permite que o julgador se utilize de uma delas para qualificar o crime e da outra para exasperar a pena-base, incidindo, pois, como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado. Verificado, da detida análise dos autos, que ambas as qualificadoras foram utilizadas para exasperar a pena-base, imperiosa se faz a reestruturação da pena.



II – na segunda fase de sua fixação, tratando-se de crime de homicídio com mais de uma qualificadora, ao emprego pelo magistrado de uma delas como agravante penal, caso em que se sugere ao defensor público sustentar a tese de impossibilidade de aplicação de tal raciocínio, diante da expressa vedação estabelecida pelo *caput* do artigo 61 do CP, cuja redação não comporta exceção em prejuízo do acusado;

III – na terceira fase de sua fixação, vide recomendação do artigo 312.

SUBSEÇÃO V DO HOMICÍDIO CULPOSO

Art. 326. O delito de homicídio culposo decorre da conduta cometida, sobretudo, em razão da não observância do dever objetivo de cuidado.

§ 1º Recomenda-se ao defensor público a análise dos dados fáticos que permitam a subsunção da conduta às modalidades de culpa⁵⁸⁰, atentando-se, especialmente, à previsibilidade objetiva do resultado para o agente, exigência inafastável para a configuração de qualquer conduta culposa.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, é preciso que o defensor público esteja atento à narrativa da denúncia, a qual deve indicar precisamente a modalidade culposa imputada ao acusado, sob pena de inépcia.

SUBSEÇÃO VI DO AUMENTO DE PENA

Art. 327. Sobre o aumento de pena previsto na primeira parte do §4º do art.121 do CP para o delito de homicídio culposo:

I – dada a variedade de situações narradas no referido dispositivo legal, combater eventual postura do magistrado de simplesmente fazer mera referência ao dispositivo legal, sem especificar a situação fática que autoriza o aumento;

II – atentar para as modalidades de culpa e combater o aumento de pena no caso de reconhecimento da inobservância de regra técnica, quando ela própria consistir no núcleo da conduta culposa, para fins de condenação quanto ao delito em tela, afastando, assim, dupla punição pelo mesmo fato.

Art. 328. Sobre o aumento de pena previsto na parte final do §4º do artigo 121 do CP para o delito de homicídio doloso:

I – atentar não só à narrativa da denúncia sobre a descrição da causa de aumento⁵⁸¹, mas também aos quesitos formulados aos jurados, pois a majorante, para incidir na pena, há de ser necessariamente quesitada;

⁵⁸⁰ Imprudência, negligência e imperícia.

⁵⁸¹ Pessoa menor de quatorze anos ou maior de sessenta.

II – na hipótese do inciso anterior, caso a denúncia e a pronúncia não imputem a causa de aumento ao acusado, não pode ela ser objeto de quesitação mas apenas debatida em plenário pelo membro do Ministério Público⁵⁸², com vistas à aplicação da agravante descrita na alínea “h” do inciso II do art. 61 do CP;

III – atentar para a possível ocorrência de *bis in idem* na imputação da causa de aumento em questão com determinadas qualificadoras, especialmente a do inciso IV do § 2º do art. 121 do CP, pois é comum associar-se o recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, à fragilidade desta decorrente da idade;

IV – observar que a idade da vítima não pode ser avaliada, ao mesmo tempo, como circunstância judicial negativa ou como agravante e como causa de aumento, também sob pena de *bis in idem*.

Art. 329. Sobre o perdão judicial previsto no § 5º do art. 121 do CP, prevalece o entendimento jurisprudencial consolidado no Enunciado da Súmula nº 18 do STJ⁵⁸³, no sentido de que a sentença que o aplica possui natureza declaratória de extinção da punibilidade.

Parágrafo único. O perdão judicial, uma vez aplicado, não pode gerar ao acusado nenhum efeito criminal, tais como maus antecedentes e reincidência.

Art. 330. A Lei nº 12.720/12 acrescentou ao art. 121 do CP o § 6º que estabelece outra causa de aumento de pena, cuja fração de aumento não é fixa, mas sim variável de 1/3 até a metade.

§ 1º A majorante descrita no *caput* consiste no fato de o delito de homicídio ter sido praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

§ 2º Como a lei não define qual o critério para a fixação do patamar de aumento, sugere-se ao defensor público zelar pela razoabilidade do fundamento invocado pelo magistrado, sob pena de nulidade da sentença.

Art. 331. A Lei nº 13.104/15 acrescentou ao art. 121 do CP o § 7º que estabelece causa de aumento de pena para o crime de feminicídio, cuja fração de aumento, igualmente, não é fixa, mas sim variável de 1/3 até a metade.

§ 1º A majorante do *caput* se configura quando o crime é praticado:

- I** – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
- II** – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
- III** – na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

§ 2º Sobre o critério para fixação do patamar de aumento, observar o disposto no § 2º do artigo anterior.

⁵⁸² Nos termos do art. 492, inciso I, alínea “b”, do Código de Processo Penal.

⁵⁸³ Nota do Revisor: Súmula 18 do STJ: “A sentença concessiva do perdão judicial e declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.



§ 3º Sugere-se ao defensor público, especialmente na hipótese de ser a vítima gestante, atentar-se para a prova do conhecimento – ou, ao menos, da possibilidade de conhecimento – de tal circunstância pelo acusado, pois, do contrário, referida majorante não poderá incidir, diante da ocorrência de erro de tipo⁵⁸⁴.

SEÇÃO II DAS LESÕES CORPORAIS

Art. 332. O delito de lesão corporal grave admite a suspensão condicional do processo, razão pela qual sugerimos seja requerida a designação de audiência especial para fins do artigo 89, Lei 9.099/95.

Art. 333. Tratando-se de lesão corporal grave, faz-se imperiosa a observância quanto ao disposto no artigo 168, §2º, do CPP.

§ 1º A incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias deverá ser aferida por meio de nova prova técnica, o exame complementar.

§ 2º Observar que o exame deve necessariamente ter sido realizado após os 30 (trinta) dias da ocorrência do evento, não se admitindo valor probatório de exame realizado antes do transcurso de tal período, por se tratar de mera “previsão” da incapacidade, e não constatação desta.

§ 3º Caso não submetida a vítima ao exame complementar, resta inviável o reconhecimento da qualificadora relativa à incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias.

Art. 334. Observar se foi acostado ou não, aos autos, o necessário laudo de exame de corpo de delito^{585 586}.

§ 1º Ausente o laudo de exame de corpo de delito sugere-se argumentar acerca da ausência de prova da materialidade, face sua imprescindibilidade à comprovação da materialidade do crime em comento.

§ 2º A ausência do laudo de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, como o ora tratado, pode caracterizar nulidade, por força do disposto no artigo 564, III, “b”, do CPP, razão pela qual se recomenda o prequestionamento da matéria.

⁵⁸⁴ Artigo 20, do Código Penal.

⁵⁸⁵ Arts. 158 e 168 do CPP.

⁵⁸⁶ Processo: Apelação Criminal 1.0056.03.051102-8/001 0511028-92.2003.8.13.0056 (1) Relator(a): Des.(a) Duarte de Paula
Data de Julgamento: 03/11/2011 Data da publicação da súmula: 11/11/2011.

EMENTA: LESÕES CORPORAIS GRAVES. PERDA DA CAPACIDADE PARA AS OCUPAÇÕES HABITUAIS POR MAIS DE TRINTA DIAS. AUSÊNCIA DE LAUDO COMPLEMENTAR. DESCLASSIFICAÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

- A lesão corporal, de natureza grave, trata-se de ofensa física voltada à integridade ou à saúde do corpo humano, que se qualifica pelo resultado se, após realização de exame de corpo de delito, acompanhado do devido laudo complementar, restar comprovada a incapacidade da vítima para suas ocupações habituais por mais de trinta dias, a teor do disposto no art. 129, § 1º, inciso I, do Código Penal.

- Não se realizando o laudo complementar, não há como reconhecer a referida qualificadora, impondo-se a desclassificação para lesão simples, que operada em primeira instância, com a conseqüente extinção da punibilidade pela decadência do direito de representar.

Art. 335. Ocorrendo lesões corporais recíprocas, há possibilidade de alegação de legítima defesa, sendo que, na dúvida sobre quem tenha iniciado as lesões, sugere-se arguir o princípio *in dubio pro reo*⁵⁸⁷.

Art. 336. No que se refere ao crime de lesão corporal dolosa, não obstante a violência caracterizadora do tipo penal, cabível a aplicação do disposto no artigo 44 do CP⁵⁸⁸.

Parágrafo único. Conforme o caso concreto, não sendo possível a aplicação dos institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo ou a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabível a aplicação do *sursis*, direito público subjetivo do acusado, visto que os incisos do artigo 77 do CP não contemplam, dentre as hipóteses impeditivas de concessão do benefício, ter sido o fato cometido mediante violência ou grave ameaça.

Art. 337. Cabível a aplicação da figura privilegiada nos crimes de lesão corporal, nos termos do disposto no artigo 129, §4º e 5º, do CP⁵⁸⁹ desde que as lesões não sejam graves.

⁵⁸⁷ Número: 70057598294 Inteiro Teor: Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal Tipo de Processo: Apelação Crime Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro Decisão: Acórdão

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. DÚVIDA SOBRE A OCORRÊNCIA DE LEGÍTIMA DEFESA. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. Legítima defesa. Existem dúvidas sobre a ocorrência de legítima defesa no caso concreto. Restou demonstrado nos autos que houve uma briga em que ocorreram lesões recíprocas, o que ensejou, inclusive, denúncia por parte do Ministério Público em desfavor de ré e vítima neste processo. Efetivamente, há auto de exame de corpo de delito constatando que a ré também ficou lesionada. Embora a lesão sofrida pela vítima tenha sido mais grave, referida circunstância não enseja, por si só, o afastamento do reconhecimento do instituto da legítima defesa. Em Direito e Processo Penal vige em favor dos acusados o princípio do Estado de Inocência, que somente pode ser arredado por esforço probatório concreto do Ministério Público, o que não ocorreu na espécie. Havendo fundada dúvida sobre circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, a absolvição é medida impositiva, com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Efeitos estendidos para a corré que aceitou a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal. RECURSO PROVIDO. EXTENSÃO DE EFEITOS À CORRÉ. (Apelação Crime nº 70057598294, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 02/04/2015)

⁵⁸⁸ Trata-se de infração de menor potencial ofensivo, portanto submetida ao crivo dos Juizados Especiais Criminais, evidenciando-se, pois, que se afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos implica nítida contradição (GRECO, Rogério. In *Curso de Direito Penal I*, p. 536, 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. MIRABETE, Júlio Fabbrini; e MIRABETE, Renato N. In *Código Penal Interpretado*, p. 246, 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2011).

⁵⁸⁹ Processo: Apelação Criminal
1.0079.09.926858-7/002 9268587-42.2009.8.13.0079 (1)
Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias
Data de Julgamento: 02/09/2014
Data da publicação da súmula: 12/09/2014

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL QUALIFICADA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – LEGÍTIMA DEFESA – NÃO CONFIGURAÇÃO – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA – ACOLHIMENTO

- Comprovadas a autoria e materialidade delitivas, não há que se falar em absolvição ou desclassificação da conduta.
- Não sendo apresentada prova alguma de que houve agressão injusta e atual feita pela vítima a direito do acusado, não cabe falar em excludente de ilicitude pela legítima defesa.
- A lesão corporal privilegiada de que trata o artigo 129, § 4º, do Código Penal deve ser acolhida quando o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção em seguida a injusta provocação da vítima.



SEÇÃO III DO ABANDONO DE INCAPAZ

Art. 338. Analisar, após leitura da certidão de antecedentes criminais, acerca do cabimento da suspensão condicional do processo e requerer a designação de audiência para tal fim, caso presentes os requisitos legais.

Art. 339. Atentar para a insuficiência do dolo de perigo presumido para a caracterização do crime em questão, razão pela qual sugere-se averiguar se houve concretização de perigo concreto, comprovado, para a suposta vítima do abandono, colocando-a de forma efetiva em situação de risco⁵⁹⁰.

Art. 340. Verificar se, dentro da realidade daquele seio familiar, os infantes encontram-se saudáveis, bem cuidados e nutridos de afeto, na medida das possibilidades dos responsáveis legais⁵⁹¹.

Art. 341. Para a ocorrência do crime do abandono de incapaz não são suficientes o desleixo, a ausência de afeto ou pontual descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar. Estas questões podem ensejar eventualmente a modificação da guarda; contudo, jamais autorizam um juízo positivo de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Art. 342. A carência de recursos financeiros não implica a caracterização do tipo penal em comento⁵⁹².

⁵⁹⁰ Processo: Apelação Criminal

1.0558.10.001124-3/001 0011243-30.2010.8.13.0558

(1) Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé

Data de Julgamento: 24/07/2014

Data da publicação da súmula: 01/08/2014

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – ABANDONO DE INCAPAZ – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO PERIGO CONCRETO – ATIPICIDADE – ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA.

- O tipo penal previsto no art. 133 do CP é crime de perigo concreto, que exige a comprovação do risco (à vida ou à saúde) para a vítima, em virtude do abandono.

- Ainda que evidenciado que a acusada, genitora da vítima (criança de tenra idade), tenha se ausentado temporariamente da residência deixando-a sozinha, se não houve comprovação de que tal conduta tenha gerado situação de perigo concreto para o menor, não se pode cogitar a prática do delito de abandono de incapaz.

⁵⁹¹ Processo: Apelação Criminal 2.0000.00.329466-6/000 3294666-24.2000.8.13.0000 (1) Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho Data de Julgamento: 04/09/2001 Data da publicação da súmula: 22/09/2001

Ementa: EMENTA: APELAÇÃO – ABANDONO DE INCAPAZ – DOLO DE PERIGO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – CONDUTA OMISSIVA – DESCARACTERIZAÇÃO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA

I - No crime de abandono de incapaz, é necessária a comprovação inequívoca do dolo de perigo e da conduta omissiva, ao lado do perigo concreto à vida e à saúde e do dever jurídico de agir.

II - Deve ser mantida a absolvição, se a acusada fornece, dentro de suas limitações, os provimentos necessários à subsistência da vítima, além de desconhecer a omissão provocada por terceiros que contratou para cuidar da ofendida.

III - Absolvição mantida.

⁵⁹² É sabido que o Poder Público muitas vezes oferece de forma precária serviços públicos aos cidadãos como, por exemplo, creches para crianças de tenra idade ou escolas de ensino fundamental. Neste contexto de marginalidade – no qual infelizmente muitos assistidos pela Defensoria Pública encontram-se inseridos-, o responsável legal pela criança vê-se diante de um conflito, visto que necessita trabalhar para dar sustento a si e aos seus dependentes, mas em contrapartida não tem onde deixá-los, razão pela qual consente que permaneçam em sua residência e dirige-se para o labor.

Parágrafo único. Caso a acusação de abandono de incapaz consubstancie em situação semelhante à ora retratada, sugere-se seja invocada pela Defensoria Pública a inexigibilidade de conduta diversa, dentre outras teses factíveis no caso concreto.

CAPÍTULO II DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

SEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 343. Sendo o agente denunciado por mais de um delito em concurso formal e havendo continuidade delitiva entre estes e outros delitos, atentar-se para aplicação unicamente do aumento em relação à continuidade delitiva⁵⁹³.

Art. 344. Havendo restituição da coisa ou reparado o dano até o recebimento da denúncia atentar para:

I – a extinção da punibilidade se a restituição da coisa ou a reparação do dano for integral, atendendo ao princípio da isonomia e da subsidiariedade do direito penal, considerando o disposto no art. 34 da Lei nº 9.249/95 (aplicado em crimes tributários e contra a relação de consumo)⁵⁹⁴;

II – o reconhecimento do arrependimento posterior, se a restituição da coisa ou a reparação do dano for parcial, com a consequente diminuição de pena⁵⁹⁵.

Parágrafo único. O patamar de diminuição será fixado de acordo com a extensão da reparação do dano e, sendo fixado aquém do máximo previsto sem a devida fundamentação deve-se atentar, em fase recursal, para a diminuição no patamar máximo por ausência de fundamentação.

Art. 345. Caso o delito não se consuma por vontade e conduta do próprio agente, que desiste de prosseguir na execução, independentemente do que o motivou a desistir e não sendo uma causa obrigatória e independente, atentar para o reconhecimento da desistência voluntária⁵⁹⁶.

Art. 346. Nos crimes contra o patrimônio, exceto àqueles cometidos com ou violência ou ameaça à pessoa ou tendo o ofendido idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, na fase de resposta à acusação atentar e, entendendo conveniente⁵⁹⁷, argüir, sem prejuízo de outros apontamentos:

⁵⁹³ Referência: STJ/HC 162987/DF, julg. 01/10/2013, publ. 08/10/2013.

⁵⁹⁴ Referência: TJRS/Apeação Criminal n. 70034589689, julg. 18.11.10.

⁵⁹⁵ Referência: STF/HC n. 98658/PR, j. 9.11.2010.

⁵⁹⁶ Referência: TJMG/Apeação Criminal nº 1.0713.03.025568-9/001 – julg. 13/02/07, publ. 06/03/07.

⁵⁹⁷ A conveniência da argüição ou não das teses relacionadas na fase de resposta à acusação dependerá do caso concreto.



I – se presente alguma das imunidades penais absolutas⁵⁹⁸:

a) se o assistido for cônjuge do ofendido (é defensável a aplicação em caso de união estável heteroafetiva e homoafetiva)⁵⁹⁹;

b) se o assistido for ascendente ou descendente do ofendido;

II – se ausente representação nos seguintes casos⁶⁰⁰:

a) o assistido for cônjuge judicialmente separado do ofendido, não abrangendo a simples separação de corpos;

b) o assistido for irmão do ofendido;

c) o assistido for tio ou sobrinho do ofendido, desde que coabitem.

Art. 347. Ao receber os autos para elaboração da resposta à acusação, deverá o defensor público verificar a certidão de citação do acusado, observando:

I – se declarou impossibilidade de constituição de advogado por ausência de recursos financeiros;

II – se declarou que apresentaria defesa por meio de advogado;

III – na hipótese do inciso anterior, se há certidão nos autos constatando o decurso *in albis* do prazo para resposta.

Parágrafo único. A atuação da Defensoria Pública ocorre independentemente da aferição da hipossuficiência econômica⁶⁰¹.

Art. 348. Verificadas as situações o artigo anterior, deverá o defensor público:

I – oferecer resposta, no caso do inciso I do artigo anterior;

II – requerer a intimação do réu para que seja notificado da inércia de seu advogado e para que informe se constituirá novo causídico ou se declara a impossibilidade de fazê-lo, na hipótese do inciso II do artigo anterior;

III – oferecer resposta, diante da hipossuficiência jurídica do acusado, na hipótese do inciso III do artigo anterior.

Art. 349. Na resposta à acusação, não se aplica o ônus da impugnação específica, sendo importante ao defensor público analisar a conveniência da arguição de matérias preliminares e prejudiciais de mérito, bem como da antecipação de matéria meritória e apresentação do rol de testemunhas e demais documentos pertinentes à defesa.

⁵⁹⁸ Art. 181 do CP.

⁵⁹⁹ Entendimento minoritário – Referência Doutrinária: Greco, Rogério. Código Penal Comentado, ed. Impetus, 2008, p. 846/847. Referência Legislativa: Aplicação do art. 1723 do CC (vide ADI nº 4.277/DF – STF – publicado em 14/10/2011).

⁶⁰⁰ Art. 182 do CP

⁶⁰¹ Orientação Funcional n. 39 da CGDPMG e art.3º da Dliberação 025/2015.

Parágrafo único. O art. 189 do CPP faculta a apresentação do rol de testemunhas, em substituição, e juntada de documentos a qualquer momento processual. Contudo, em relação ao rol de testemunhas e documentos, sugere-se que o defensor público contate o acusado ou, diante de sua impossibilidade, seus familiares, solicitando a indicação das testemunhas e a apresentação de documentos.

Art. 350. Nos memoriais finais, o defensor público poderá arguir preliminares e prejudiciais de mérito, além de atentar-se à necessidade de impugnação específica, explorando toda a matéria meritória pertinente à defesa.

Art. 351. Recomenda-se ao defensor público, por ocasião dos memoriais finais, verificar:

I – a presença das hipóteses previstas nos incisos do artigo 65 do CP;

II – a ocorrência de alguma das escusas absolutórias e imunidades relativas previstas nos artigos 181 e 182, bem como o disciplinado pelo artigo 183, e seus respectivos incisos, todos do CP.

SEÇÃO II DO FURTO

Art. 352. Na fase de resposta à acusação argüir, sem prejuízo de outros apontamentos:

I – atipicidade material da conduta narrada na denúncia:

a) considerando o valor insignificante do objeto da subtração⁶⁰²;

b) considerando a ausência de expressão econômica do objeto (exemplificativamente: folhas de cheque em branco, documentos pessoais e cartões bancários)⁶⁰³;

II – presença dos requisitos para proposta da suspensão condicional do processo nos casos de furto simples, furto qualificado tentado e furto qualificado privilegiado;

III – inépcia da denúncia em razão da ausência de descrição do objeto da subtração⁶⁰⁴.

Art. 353. Nas ações penais por furto, em sede de memoriais, atentar para:

I – atipicidade material da conduta narrada na denúncia em razão do valor insignificante do objeto da subtração:

a) é defensável o reconhecimento do princípio da insignificância em caso de furtos qualificados e sendo o assistido reincidente com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁶⁰⁵.

⁶⁰² Art. 397, inc. III do CPP; Referência: STF/HC n. 121.903/MG, pub. 01/07/2014; STJ/RHC n. 48443/MG, pub. 05/02/2015; STJ/HC n. 276.766/RS, pub. 03/02/2015.

⁶⁰³ Referência: STJ/HC n. 118.873/SC (2008/0232248-0) julg. 17/03/2011.

⁶⁰⁴ Referência: STJ/HC n. 78.833/SP, pub. 28/10/2008.

⁶⁰⁵ Referência: STF/HC n. 123.533/SP; STF/HC n. 123.108/MG e STF/HC n. 123.734/MG, julgamentos suspensos, Inf. n. 771/STF; **STJ/HC 299.185-SP, julgado em 9/9/2014.**



b) o princípio da isonomia poderá ser alegado comparando o entendimento majoritário para a aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de descaminho⁶⁰⁶.

II – atipicidade material da conduta narrada na denúncia em razão da ausência de expressão econômica do objeto⁶⁰⁷

III – atipicidade formal da conduta narrada na denúncia:

a) em razão do objeto do furto não configurar coisa alheia (nos casos em que o objeto consistir em coisa abandonada ou coisa de ninguém);

b) em razão do dolo de subtrair coisa alheia móvel não estar caracterizado ou não estar comprovado, por exemplo:

1 – se presente apenas a intenção de usar o bem (furto de uso);

2 – se o assistido acreditar tratar-se o objeto do furto de coisa abandonada, o que configurará o erro de tipo, excluindo-se o dolo;

IV – se presente causa de exclusão da ilicitude referente ao estado de necessidade ou causa supra legal de exclusão da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa⁶⁰⁸;

V – existência de crime impossível por ineficácia dos meios, por exemplo, sendo o assistido permanentemente vigiado em estabelecimentos comerciais e nos casos em que o objeto é protegido por sistema antifurto, com absoluta impossibilidade de consumação do delito.

Art. 354. Nos casos em que é imputado ao assistido o furto majorado pelo repouso noturno, observar:

I – se a causa de aumento de pena foi devidamente narrada na denúncia;

II – se o local onde o furto ocorreu era um estabelecimento comercial ou aberto ao público, pois nestes casos a causa de aumento não estará caracterizada;

III – se todos os elementos restaram comprovados (horário do fato e efetivo repouso noturno);

IV – se o furto é qualificado, pois neste caso é defensável o afastamento da causa de aumento de pena⁶⁰⁹.

Art. 355. Sendo o objeto do furto de pequeno valor e o assistido primário atentar para o reconhecimento do furto privilegiado.

§ 1º O privilégio poderá ser reconhecido tanto em furtos simples quanto qualificados⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Referência: STF/HC n. 121717/PR, publ. 3.6.2014.

⁶⁰⁷ Folhas de cheque em branco; documentos pessoais; cartões bancários; etc.

⁶⁰⁸ Referência: TJRS/Apeação Criminal nº 70045783982, jul. 22/03/2012; STF/HC n. 113418/PB julg. 24/09/2013 (**aplicação da causa** supra legal de exclusão da culpabilidade em casos de pessoa jurídica que não recolheu contribuições previdenciárias – aplicação em delito de furto – princípio da isonomia).

⁶⁰⁹ Entendimento contrário recentemente adotado pelo STJ no julgamento do HC 306.450-SP, jul. 4/12/2014, DJe 17/12/2014.

⁶¹⁰ Referência: Súmula 511 do STJ e STF/HC n. 115.266/ES, julg. 10/09/2013 e public. 24/09/2013.

§ 2º Reconhecido o privilégio, a opção do julgador em não aplicar apenas a pena de multa ou diminuir a pena aquém do máximo previsto deverá ser devidamente fundamentada, caso contrário sugere-se ao defensor público pleitear em sede recursal a diminuição no patamar máximo previsto por ausência de fundamentação.

§ 3º Nos furtos qualificados privilegiados observar a possibilidade de aplicar a suspensão condicional do processo.

§ 4º Em caso de crime continuado observar a possibilidade de reconhecer o privilégio para cada furto separadamente, já que a continuidade delitiva visa beneficiar e não prejudicar o réu.

Art. 356. Nos casos em que o objeto do delito tratar-se de energia elétrica ou qualquer outra atentar para a necessidade de comprovação através de prova pericial (art. 158 e art. 167 do CPP) ⁶¹¹.

§ 1º Em denúncias por furto de energia elétrica ou outra atentar para a necessidade da conduta consistir em retirada da energia antes de passar por qualquer medidor.

§ 2º Se a ação for precedida de conduta fraudulenta do medidor poderá configurar, eventualmente, delito de estelionato, mas não o delito de furto.

§ 3º Sendo o assistido denunciado pelo delito de furto de energia elétrica e havendo condenação por estelionato (não estando as elementares narradas na denúncia), pleitear a absolvição em fase recursal ⁶¹².

§ 4º Havendo o pagamento, pelo assistido, do valor referente à energia subtraída ou mesmo em caso de estelionato, antes do oferecimento da denúncia, pleitear a extinção da punibilidade, atendendo ao princípio da isonomia e da subsidiariedade do Direito Penal, considerando o entendimento majoritário em relação aos crimes contra a ordem tributária. ⁶¹³

§ 5º Em caso de denúncia por furto de sinal de TV a cabo, atentar para a atipicidade da conduta, atendendo ao princípio da legalidade e da impossibilidade de usar de analogia em prejuízo do réu.

Art. 357. Sendo o assistido denunciado por furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e pela escalada observar:

I – se as qualificadoras foram comprovadas através de prova pericial, nos termos da legislação processual vigente ⁶¹⁴;

II – se o exame pericial realizado atende as exigências previstas no ordenamento processual vigente, quais sejam:

⁶¹¹ Referência: TJRS/Apeleção Criminal nº 70041662537, julg. 05/05/2011, publ. 17/05/2011.

⁶¹² Súmula 453 do STF.

⁶¹³ Referência: STJ/HC n. 252.802/SE, DJe de 17/10/2013 e STJ/AgRg no AREsp 522504/RJ – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0127561-7, julg. 04/11/2014, DJe 17/11/2014.

⁶¹⁴ Referência: Art. 158 do CPP; Art. 167 do CPP e art. 171 do CPP.



- a) descrição dos vestígios verificados;
- b) indicação dos instrumentos e meios utilizados;
- c) indicação da época presumível de ter sido o fato praticado.

III – se o rompimento de obstáculos foi à subtração da coisa e não contra a própria coisa objeto do furto;

IV – em caso de escalada, se houve esforço incomum comprovado nos autos para adentrar no local do fato.

Parágrafo único. Se o rompimento de obstáculo consistir em arrombamento de portas ou janelas de veículo para subtrair objetos de seu interior, questionar a proporcionalidade da aplicação da qualificadora⁶¹⁵.

Art. 358. Sendo o agente denunciado por furto qualificado pela destreza observar se a conduta realmente exigiu habilidade excepcional, não estando presente nos casos em que a vítima percebe a subtração.

Parágrafo único. Estando a vítima dormindo ou embriagada, atentar para a ausência de destreza, considerado a inexistência de habilidade excepcional por parte do agente para subtração do bem.

Art. 359. Sendo o agente denunciado por furto qualificado pela fraude, importante atentar para a necessidade de ocorrer efetiva subtração do bem após a utilização de meios para vencer a vigilância da vítima, o que não ocorrerá se a própria vítima entregar o objeto ao agente espontaneamente.

Parágrafo único. Requerer a absolvição em fase recursal, por força da Súmula 453 do STF, se ocorrer a condenação por delito diverso do furto mediante fraude sem que as elementares estejam devidamente narradas na denúncia⁶¹⁶

Art. 360. Sendo o agente denunciado por furto qualificado por abuso de confiança atentar-se para:

- I** – a necessidade de estar comprovado que entre o assistido e a vítima existia confiança, lealdade e credibilidade e não mera existência de vínculo empregatício, por exemplo;
- II** – a qualificadora somente se aplicará àquele que mantinha a devida relação de confiança e não aos demais coautores e coparticipantes.

Art. 361. Sendo o agente denunciado por furto qualificado por uso de chave falsa, observar se restou devidamente comprovado o uso efetivo de chave falsa, não bastando a simples apreensão de objeto⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Referência: STJ/HC 152833/SP, julg. 05/04/2010 e publ. 20/09/2010, contudo, entendimento contrário firmado pelo STJ – EREsp 1079847/SP, julg. 22/05/2013 e DJe 05/09/2013 e pelo STF – HC 110119/MG, julg. 13/12/2011.

⁶¹⁶ Por exemplo, nos casos em que ocorrer entrega do objeto pela própria vítima.

⁶¹⁷ Referência: TJMG/Apeação Criminal nº1.0223.06.206904-0/001(1), julg. 12/02/2008 e publ. 05/04/2008; TJMG/Apeação Criminal n. 1.0145.13.038376-6/001, julg. 26/06/2014 e publ. 07/07/2014; TJMG/Apeação Criminal n. 1.0313.12.027951-5/001, julg. 12/02/2015 e publ. 02/03/2015.

§ 1º Se a chave falsa não for utilizada para vencer o obstáculo onde a coisa se encontra como nos casos em que é usada diretamente em ignição de veículo objeto do furto, defensável o decote da qualificadora, em que pese entendimento jurisprudencial majoritário em sentido contrário⁶¹⁸.

§ 2º Se o objeto utilizado não constituir chave, mas outro instrumento qualquer, é defensável o decote da qualificadora, considerando a impossibilidade de aplicar interpretação extensiva em prejuízo do réu, em que pese entendimento contrário consolidado em nossa jurisprudência.

Art. 362. Sendo o agente denunciado por furto qualificado por concurso de pessoas, observar a comprovação:

I – da pluralidade de agentes;

II – da relevância da conduta praticada por cada um dos agentes para a concretização do fato;

III – da existência de liame subjetivo entre os agentes.

Art. 363. Havendo a subtração de objetos pertencentes a pessoas diversas que se encontravam na posse de uma única pessoa, sustentar a existência de um único crime e não concurso formal de crimes⁶¹⁹.

Art. 364. Em delitos de furto, apesar do entendimento predominante da ocorrência de consumação com a simples inversão da posse, defensável o reconhecimento da tentativa⁶²⁰ nas seguintes hipóteses:

I – perseguição imediata após a retirada da coisa com recuperação do bem em seguida;

II – vigilância permanente do réu até a abordagem e recuperação do bem.

SEÇÃO III DO ROUBO

Art. 365. O crime de roubo é complexo, pois conjuga em um único tipo os delitos de furto, lesão corporal e ameaça, e pluriofensivo, pois ofende mais de um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Parágrafo único. A violência inerente ao crime em questão pode ser própria ou imprópria.

I – violência própria é aquela de natureza física⁶²¹;

⁶¹⁸ Referência: TJMG/Apeação Criminal 1.0024.07.450395-4/001, julg. 23/09/2008 e publ. 03/10/2008; STJ/Resp. 284385/DF, julg. 14/05/2002 e DJ 17/06/2002.

⁶¹⁹ Referência: **STJ /AgRg no REsp 1.396.144-DF, julg. 23/10/2014 e publ. 05/11/2014.**

⁶²⁰ Referência: TJRS/Apeação Criminal nº 70057483802, jul. 02/04/2014, public. 10/04/2014; STF/HC n. 104.593/MG, julg. 08/11/11 e DJe 05/12/2011; TJMG/Apeação Criminal nº 1.0079.13.017956-1/001, julg. 14/11/2013 e publ. 25/11/2013.

⁶²¹ Quando aplicada a violência contra a coisa ou quando a vítima é submetida a trombadas leves, o mero empurrão não é idôneo a distinguir violência caracterizadora do crime de roubo. VIDE TJMG (APR: 10109130018293001 MG, Relator: Júlio Cezar Gutierrez, Data de Julgamento: 03/09/2014, 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/09/2014)



II – violência imprópria é aquela na qual o agente não usa de violência física, valendo-se de qualquer outro meio que reduza a possibilidade de resistência da vítima⁶²².

Art. 366. Não haverá roubo se a própria vítima, por seu comportamento, se colocar em condição que lhe impossibilite oferecer resistência⁶²³, hipótese em que deverá ser pleiteada pelo defensor público a desclassificação para o crime previsto no art. 155 do CP.

Art. 367. A ameaça mencionada no delito de roubo é **aquela capaz de infundir temor à vítima**, permitindo que esta seja subjugada pelo agente.

§ 1º A palavra da vítima possui especial relevância, contudo, deverá ser analisada em conjunto com os demais elementos de prova constantes dos autos a fim de se verificar sua idoneidade⁶²⁴.

§ 2º Não se admite a caracterização do delito pela palavra da vítima quando isolada nos autos⁶²⁵.

§ 3º O mal prometido na ameaça deve ser grave, injusto e iminente, bem como razoável, devendo ser analisado com base nas circunstâncias do caso concreto.

Art. 368. Pode ser sujeito passivo do crime o proprietário, o possuidor e o terceiro que esteja na detenção da coisa.

§ 1º Se o agente, mediante uma única conduta, subtrair bens de titularidade de mais de uma pessoa, haverá concurso formal de crimes e a pena deverá ser calculada seguindo-se a orientação do artigo 70 do CP.

§ 2º Para a caracterização do concurso formal é necessário que o agente, mediante uma só conduta, lese o patrimônio de titulares distintos. Se a vítima detém o patrimônio seu e de terceiro e ocorre a subtração de bens de ambos, haverá crime único⁶²⁶.

Art. 369. Entende-se por roubo próprio (artigo 157, *caput*, do CP) quando a violência ou a grave ameaça são empregados antes ou durante a subtração da coisa alheia móvel.

Parágrafo único. Também se permite a utilização de qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência da vítima (violência imprópria). O agente se utiliza da violência ou da grave ameaça como um meio para efetivar a subtração.

⁶²² A utilização de medicamento para a vítima dormir, o hipnotismo, jogar substância tóxica ou areia nos olhos da vítima (JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 2, Parte Especial, 2001, p. 341.)

⁶²³ Como a auto embriaguez, mesmo que accidental, ou uso de medicamento ou substância entorpecente pela própria vítima que a impossibilite de oferecer resistência.

⁶²⁴ TJDF, Processo nº 2008.04.1.008016-7 APR. Julg. 21.01.2010. Rel. Silvano Barbosa dos Santos; TJMG, Processo Nº 1.0479.08.141508-1/001(1). Julg. 19.05.2009. Rel. Paulo Cesar Dias.

⁶²⁵ TJMA, Apelação 18949/2007, 3ª C. Crim., Relator Des. Lourival Serejo, DJ 20/02/2008.

⁶²⁶ STJ, AgRg no REsp: 1396144 DF 2013/0179690-9, Relator: Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). Data de Julgamento: 23/10/2014, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/11/2014.

Art. 370. Entende-se por roubo impróprio (artigo 157, §1º, do CP) quando, logo após operada a subtração da coisa alheia móvel, o agente se utiliza de violência própria ou grave ameaça para assegurar a impunidade do crime ou a detenção da *res* para si ou para terceiro.

I – a violência ou a grave ameaça podem ser dirigidas contra a própria vítima ou contra terceiro;

II – assegurar a impunidade significa que o agente se utiliza da violência própria ou da grave ameaça para evitar a prisão ⁶²⁷;

III – assegurar a detenção da coisa para si ou para terceiro significa dizer que o agente emprega violência ou grave ameaça para manter a coisa subtraída em seu poder, a fim de que ela não volte à esfera de disponibilidade da vítima.

Parágrafo único. Não há que se falar em violência imprópria em caso de configuração do delito de roubo impróprio.

Art. 371. O roubo se consuma quando o agente, cessada a violência ou clandestinidade, se torna possuidor da coisa alheia móvel, obtida mediante violência ou grave ameaça.

§ 1º Entende-se que a posse deve ser tranquila, sendo necessário que a coisa subtraída saia da esfera de vigilância da vítima. Caso contrário, poderá ser pleiteado o reconhecimento do delito em sua modalidade tentada, nos termos do art. 14, II, do CP.

§ 2º A perseguição logo após a consumação do delito não exclui o disposto no parágrafo anterior.

Art. 372. Se, iniciada a execução do crime, este não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente⁶²⁸, haverá tentativa.

§ 1º O delito de roubo impróprio se consuma no momento em que o agente, após tomar a posse da *res* subtraída, emprega violência própria ou grave ameaça.

§ 2º Não se admite a figura tentada na hipótese de configuração do delito impróprio.

§ 3º Se houver a destruição da coisa subtraída, estará o crime consumado.

Art. 373. Sobre as causas especiais de aumento de pena no crime de roubo:

I – violência ou ameaça exercida com emprego de arma contempla qualquer arma que tenha potencialidade ofensiva e poder de intimidação sobre a vítima:

a) defensável a tese de que não incide a majorante em questão se a arma de fogo estiver desmuniada em razão da inexistência de potencialidade lesiva;⁶²⁹

⁶²⁷ Contudo, o direito à fuga é inerente ao ser humano, uma vez que está intimamente associado ao direito à liberdade, de forma que a tese poderá ser explorada pelo defensor por ocasião da elaboração dos memoriais finais.

⁶²⁸ Como ocorre quando o agente é surpreendido por terceiro quando da execução do delito – ou até mesmo quando sofre atropelamento no momento da execução do crime.

⁶²⁹ STJ HC 173.032.



b) defensável o entendimento acerca da impossibilidade de configuração da majorante quando existir dúvida sobre a potencialidade lesiva da arma,⁶³⁰

c) a potencialidade ofensiva da arma se presume no caso das armas próprias, cabendo a quem alega a falta de potencialidade ofensiva o ônus probatório de tal circunstância;

d) o crime previsto no artigo 14 da Lei 10.826/03 é absorvido pelo delito de roubo em razão do princípio da consunção.

II – concurso de duas ou mais pessoas apresenta as seguintes implicações:

a) não é necessário que o agente seja identificado, sendo, também, irrelevante que seja ou não imputável;

b) basta que a violência ou a grave ameaça seja empregada por um dos acusados e que esse modo de execução seja do conhecimento dos demais, que com ele concordaram tácita ou expressamente;

III – se a vítima está em serviço de transporte de valores, exige-se que o agente deva conhecer a circunstância de que ela, naquele momento, está transportando valores, mesmo que não desempenhe profissionalmente a atividade;

IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, a majorante incidirá sobre o roubo que ocorrer sobre qualquer classe de automóvel que vier a ser levado a outro Estado ou ao exterior, sendo necessária a transposição da fronteira;

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo a sua liberdade, a majorante incidirá:

a) quando a privação da liberdade for meio de execução do delito;

b) quando essa privação de liberdade for uma garantia, em benefício do agente, contra a ação policial.

Art. 374. Os resultados previstos no §3º do art. 157 do CP devem guardar relação com a violência física empregada pelo agente.

§ 1º Qualquer pessoa que venha a perder a vida, mesmo que diversa da vítima, resulta na configuração do crime de latrocínio, desde que não seja integrante do grupo criminoso.

§ 2º Pune-se o latrocínio culposo, nos termos do art. 19 do CP.

§ 3º Aplica-se o disposto no art. 157, § 3º, do CP, às figuras do roubo próprio e impróprio quando da violência empregada resultar lesão corporal grave ou morte.

§ 4º Em caso de unicidade de subtração e pluralidade de lesões graves ou mortes, aplica-se o disposto no art. 70 do CP.

§ 5º Em todos os casos, para a configuração do latrocínio basta a ocorrência da violência que resulte lesão corporal grave ou morte, sendo irrelevante a obtenção da coisa pretendida pelo agente.

Art. 375. O latrocínio é crime hediondo.

⁶³⁰ STF HC 93.105-7.

I – se a subtração é tentada e o resultado morte é tentado, há latrocínio tentado;

II – se a morte se consuma, mas a subtração é tentada, ocorre latrocínio consumado, conforme entendimento consagrado na Súmula 610 do STF ⁶³¹;

III – se a morte é tentada, mas a subtração ocorre, há latrocínio tentado.

Art. 376. Caso inexista objeto de valor em poder da vítima no momento da execução do delito, não há que se falar em crime impossível por se tratar de delito complexo, que abrange não apenas a subtração, mas, também, a violência e a grave ameaça ⁶³².

Art. 377. É possível a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no §2º, II, do artigo 157 do CP, em concurso material com o crime previsto no artigo 288 do mesmo *codex*, não havendo *bis in idem* quando provada a diversidade dos momentos consumativos ⁶³³.

Art. 378. Em caso de presença de mais de uma causa especial de aumento de pena, o julgador não poderá majorar a pena acima do mínimo legal de 1/3 (um terço) sem fundamentação concreta, não bastando a mera menção ao número de majorantes, conforme entendimento consolidado na Súmula 443 STJ ⁶³⁴.

Art. 379. Só se aplica o disposto no artigo 16 do CP ao roubo cometido em sua modalidade imprópria.

Art. 380. Quando o agente emprega força sobre o objeto do delito, o crime será o de roubo se a força repercutir no corpo da vítima a ponto de gerar dor, lesão ou forte desequilíbrio.

Parágrafo único. Caso contrário, o crime será aquele tipificado no artigo 155 do CP, cabendo ao defensor público pleitear sua desclassificação.

SEÇÃO IV DA EXTORSÃO

Art. 381. O tipo legal do art. 158 do CP é crime complexo e pluriofensivo, uma vez abrange duas ou mais figuras típicas (constrangimento ilegal, liberdade individual e lesões corporais).

Art. 382. O termo *constranger* contido no tipo significa obrigar, coagir alguém a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

⁶³¹ Súmula 610 do STF: Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não se realize o agente a subtração de bens da vítima.

⁶³² Tal questão já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1054133/RS.

⁶³³ TJRS – ACR: 70040391914 RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 30/11/2011, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/12/2011; TJSP – APL: 993040149150 SP, Relator: Sérgio Ribas, Data de Julgamento: 28/01/2010, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 04/02/2010.

⁶³⁴ **Súmula 443 do STJ:** O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.



§ 1º O constrangimento deve ser realizado com o emprego de violência ou grave ameaça.

§ 2º A ação do agente deve nortear-se pela finalidade de obter, para si ou para outrem, vantagem econômica indevida.

I – a ausência do elemento subjetivo do tipo descaracteriza o crime de extorsão, cabendo ao defensor público pleitear a desclassificação do delito para aquele previsto no artigo 146 do CP;

II – aplica-se o disposto no inciso anterior se a vantagem for devida, hipótese em que poderá ser pleiteada a desclassificação para o delito tipificado no artigo 345 do CP.

Art. 383. Em caso de morte do ofendido em razão da violência empregada, a extorsão é considerada crime hediondo.

Art. 384. Exige-se o dolo específico de obtenção de vantagem econômica indevida para si ou para outrem para caracterização do crime de extorsão.

Art. 385. Não se exige a obtenção da vantagem para consumação do delito, sendo esta mero exaurimento do tipo⁶³⁵.

Parágrafo único. A obtenção da vantagem repercutirá na aplicação da pena, incidindo na primeira fase de sua dosimetria.

Art. 386. A extorsão qualificada encontra previsão no § 3º do art. 158 do CP e ocorre quando o crime é cometido mediante a restrição de liberdade da vítima, sendo tal condição necessária à obtenção da vantagem econômica indevida.

§ 1º Exige-se que o tempo de privação da liberdade seja juridicamente relevante, ou seja, razoável. O agente segura a vítima por tempo superior ao necessário ou valendo-se de forma anormal para garantir a subtração planejada⁶³⁶.

§ 2º Essa privação deverá caracterizar-se meio para a obtenção da vantagem indevida, a exemplo do chamado sequestro relâmpago.

§ 3º Deve o defensor público atentar-se às circunstâncias do crime para evitar o agravamento da situação do assistido. Dessa forma, se a privação da liberdade da vítima não se deu em razão da extorsão exercida, mas para impedir a comunicação da polícia, haverá o crime de extorsão simples consumado, cumulado em concurso material com o crime de sequestro ou cárcere privado.

§ 4º Para caracterização do disposto no parágrafo anterior, o defensor público deve estar convencido de que a privação de liberdade não foi meio necessário para a obtenção da vantagem econômica indevida.

⁶³⁵ Súmula 96 do STJ: O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

⁶³⁶ Ex: subjugando a vítima, o agente, pretendendo levar-lhe o veículo, manda que entre no porta-malas, rodando algum tempo pela cidade, até permitir que seja libertada ou o carro seja abandonado. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 798.)

Art. 387. O roubo e a extorsão admitem punição cumulativa se resultaram de desígnios autônomos.

Parágrafo único. É defensável o reconhecimento de continuidade delitiva em caso de concurso entre os crimes de roubo e extorsão ⁶³⁷.

Art. 388. Configurado o concurso de pessoas após a consumação do delito, deverá o defensor público atentar para o fato de que o crime de extorsão é instantâneo, não admitindo dilatação temporal.

Parágrafo único. Eventual concurso posterior de pessoas implica a não responsabilização do agente pelo delito em questão, admitindo-se a responsabilização por outro fato, a exemplo do tipo previsto no art. 349 do CP.

SEÇÃO V DA EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

Art. 389. O delito previsto no tipo do art. 159 do CP resulta da fusão de diversas figuras típicas, a exemplo do sequestro que é utilizado como meio para a prática da extorsão.

§ 1º Apesar da omissão do tipo quanto à característica indevida da vantagem, entende-se que seu caráter ilegítimo é implícito ao tipo penal.

§ 2º A vantagem deverá ser necessariamente patrimonial em razão da capitulação legal do tipo.

§ 3º Se a vantagem não possui natureza patrimonial, o defensor deve pleitear a desclassificação do ilícito para aquele previsto no art. 148 do CP.

§ 4º Não se exige a obtenção da vantagem para consumação do delito, sendo esta mero exaurimento do tipo.

Art. 390. A extorsão mediante sequestro admite conduta comissiva ou omissiva.

Parágrafo único. Por ser delito permanente, a conduta omissiva substancia-se no fato de que o agente deixa de colocar a vítima em liberdade quando assim o deveria, exigindo, para tanto, o pagamento de preço como condição para a libertação.

Art. 391. Na modalidade qualificada (§§ 1º a 3º do artigo 159 do CP):

I – o prazo de 24 (vinte e quatro) horas tem início a partir do momento em que é privada de sua liberdade, de forma que recomenda-se ao defensor público que envide esforços durante a instrução criminal a fim de que se ateste, de forma inequívoca, se a privação da liberdade durou mais de 24 (vinte e quatro) horas ou não;

II – exige-se que as circunstâncias de serem as vítimas menores de 18 (dezoito) ou maiores de 60 (sessenta) anos sejam de conhecimento do agente:

⁶³⁷ REsp 190.534-SP, DJ 8/3/1999. Resp 1.031.683-SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), julgado em 6/11/2008.



a) caso não o sejam, caberá ao defensor público, quando possível, demonstrar que o agente não possuía conhecimento acerca da idade da vítima ao tempo da conduta criminosa e, via de consequência, pedir o decote de qualificadora;

b) a idade deverá ser demonstrada através da juntada de documento idôneo.

III – no caso de crime cometido por associação criminosa, exige-se a comprovação da associação de quatro ou mais pessoas em caráter não eventual, com o fim de praticar crimes:

a) a doutrina admite o concurso de crimes de extorsão mediante seqüestro qualificado e o crime de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal), não incidindo *bis in idem* pois os momentos consumativos e a objetividade jurídica entre ambos os crimes seria distinta.

b) recomenda-se ao defensor público que sustente a tese do ante fato impunível em relação ao delito do art. 288 do CP caso não esteja comprovado nos autos o caráter permanente da associação entre os agentes.

IV – o resultado morte ou lesão corporal grave deve incidir sobre a vítima que teve sua liberdade restringida, devendo o defensor público zelar para que não sejam cometidos eventuais excessos tanto pelo órgão acusatório quanto pelo Poder Judiciário:

a) o resultado pode ser atribuído ao agente que o causou de forma dolosa ou culposa.

b) se for culposa, haverá preterdolo, em consonância ao disposto no artigo 19 do CP.

Art. 392. Afasta-se a incidência das figuras qualificadas se os resultados nelas previstos resultarem por ocasião de caso fortuito ou força maior⁶³⁸.

Art. 393. A figura da delação premiada prevista no § 4º do art. 159 do CP exige que o crime tenha sido praticado em concurso de agentes e que um deles tenha denunciado a qualquer autoridade sua existência.

§ 1º É imprescindível que a liberdade da vítima tenha sido alcançada em razão dessa delação.

§ 2º Após o recebimento de eventual resgate pelo autor do crime, a delação apenas incidirá se for comprovado que a libertação decorreu dela, e não do pagamento do resgate.

Art. 394. Existindo mais de uma qualificadora, aplica-se a maior delas, utilizando-se as demais como critérios de fixação da pena-base nas circunstâncias judiciais previstas no art.59 do CP.

Art. 395. Diante de seu caráter permanente, admite-se a prisão em flagrante do agente a qualquer momento enquanto não cessada a privação da liberdade da vítima.

⁶³⁸ Por exemplo, quando a morte da vítima se der em razão de queda de avião sobre cativo ou terremoto.

SEÇÃO VI DO DANO

Art. 396. Ao delito de dano qualificado aplica-se a suspensão condicional do processo, visto que a pena mínima cominada ao crime não suplanta o limite de 1 (um) ano previsto na Lei 9.099/95, motivo pelo qual recomenda-se a elaboração de requerimento de designação de audiência para aplicação do instituto em comento, caso tal providência ainda não tenha sido adotada.

Parágrafo único. A ação penal é pública incondicionada nas hipóteses previstas como qualificadas, à exceção do dano qualificado por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima, cuja ação é de iniciativa privada.

Art. 397. Observar se foi carreado ou não aos autos o necessário laudo pericial de constatação de danos, uma vez tratar-se de delito material.

§ 1º Caso ausente referido laudo sugere-se argumentar acerca da ausência de justa causa, face sua imprescindibilidade à comprovação da materialidade do crime de dano.

§ 2º Cabe ao Estado-acusador a produção da prova pericial, visto tratar-se de crime que deixa vestígios, não sendo suprida por eventual confissão do processado ou pela prova testemunhal.

§ 3º Por força do disposto no artigo 158 do CPP, nos casos como nos de crimes de dano, o exame de corpo de delito é indispensável e a omissão de sua confecção conduz à absolvição do acusado em virtude da ausência da prova da materialidade do crime⁶³⁹.

§ 4º Suscitar nulidade quando verificada ausência da prova técnica, nos termos do disposto no artigo 564, III, “b”, do CPP, de forma a realizar o prequestionamento da matéria.

Art. 398. Admite-se a aplicação do princípio da insignificância no delito de dano, seja ele simples ou qualificado⁶⁴⁰.

⁶³⁹ Processo: Apelação Criminal 1.0324.13.014081-1/001 0140811-20.2013.8.13.0324 (1) Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marillac. Data de Julgamento: 27/01/2015. Data da publicação da súmula: 06/02/2015

EMENTA: RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRIME DE DANO. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE. Inexistindo nos autos, até a prolação da sentença, laudo pericial comprovando o dano causado pelo agente, bem como a eficiência e prestabilidade da munição apreendida, a manutenção da sentença absolutória é medida que se impõe.

⁶⁴⁰ Processo: Apelação Criminal 1.0525.09.178721-4/001 1787214-96.2009.8.13.0525 (1) Relator(a): Des.(a) Nelson Missias de Moraes Data de Julgamento: 06/09/2012 Data da publicação da súmula: 17/09/2012

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – POSSIBILIDADE – DANIFICAÇÃO DE UMA TORNEIRA DE ÁGUA – PREJUÍZO ÍNFIMO – IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL – AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO – REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE – RÉU REINCIDENTE – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO – ABSOLVIÇÃO EMPREENDIDA – RECURSO PROVIDO.

- Pelo princípio da insignificância, é necessário que haja proporção entre a gravidade da conduta que se pretende punível e a proporção da intervenção estatal, não sendo, portanto, a ofensa a determinados bens jurídicos suficiente para a configuração do injusto penal, por não apresentar nenhuma relevância material.

- Não configuradas a lesividade da conduta do agente e a periculosidade social da ação, sendo mínima a ofensividade da conduta e reduzido o seu grau de reprovabilidade, cabível a aplicação do princípio da insignificância para absolver o acusado quanto ao delito de dano ao patrimônio público, cujo prejuízo foi avaliado em R\$ 10,00 (dez reais).

- A constatação da circunstância agravante da reincidência dos embargantes, por si só, não impede o reconhecimento da insignificância.



Art. 399. Não comete o crime de dano qualificado aquele que, visando fugir do local em que se encontra custodiado, danifica o patrimônio público, tendo em vista que não atua com o dolo específico de destruir o patrimônio, de causar prejuízo, mas sim de recuperar sua liberdade⁶⁴¹.

Art. 400. Acerca da divergência relativa ao ato de pichar:

§ 1º Para alguns, resta caracterizado o delito de dano em decorrência da realização da conduta núcleo do tipo penal “deteriorar”.

§ 2º Para outros o crime é o previsto no art. 65 da Lei 9.605/98, por se tratar de norma penal específica.

§ 3º Sugere-se, caso a denúncia impute a prática dos crimes de dano qualificado e do art. 65 da Lei 9.605/98 em concurso de delitos, que seja alegado o princípio da especialidade, solucionando-se, então, o conflito de normas afastando-se a norma geral prevista no CP, evitando-se, assim, o *bis in idem*⁶⁴².

§ 4º É certo que a pena do crime previsto no art. 65 da Lei 9.605/98 é inferior à do delito de dano qualificado, aplicável à espécie os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo previstos na Lei 9.099/95.

SEÇÃO VII DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Art. 401. Na fase de resposta à acusação arguir ⁶⁴³, sem prejuízo de outros apontamentos:

I – atipicidade material da conduta narrada na denúncia:

a) considerando o valor insignificante do objeto da apropriação ⁶⁴⁴;

⁶⁴¹ STJ Processo: HC 260350 / GO HABEAS CORPUS: 2012/0251794-5 Relator(a):Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador: T6 – SEXTA TURMA Data do Julgamento: 13/05/2014 Data da Publicação/Fonte: DJe 21/05/2014

Ementa: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DANO QUALIFICADO. PATRIMÔNIO PÚBLICO. BURACO NA PAREDE DA CELA. FUGA DE PRESO. DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS NOCENDI). AUSÊNCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. ILEGALIDADE PATENTE RECONHECIDA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM EX OFFICIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Segundo entendimento desta Corte, a destruição de patrimônio público (buraco na cela) pelo preso que busca fugir do estabelecimento no qual encontra-se encarcerado não configura o delito de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inciso III do CP), porque ausente o dolo específico (animus nocendi), sendo, pois, atípica a conduta. 3. Flagrante ilegalidade detectada na espécie. 4. Writ não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, para trancar a ação penal, por falta de justa causa.

⁶⁴² Ementa: APELAÇÃO. CRIME AMBIENTAL DO ART. 65 DA LEI 9.605/98 PREVALECENTE SOBRE O DELITO DO ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. III, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DA NORMA. Irretocável a absolvição do acusado com relação ao delito do art. 163, parágrafo único, inc. III, do Código Penal diante da incidência do Princípio da Especialidade da Norma, no qual as disposições da lei especial prevalecerão sobre a regra geral prevista no Código Penal. A conduta praticada pelo réu e seu comparsa consistente em pichar as paredes internas de escola municipal acarretou apenas um resultado típico, a pichação de bem público, e não a danificação de patrimônio estatal, uma vez que o elemento volitivo do agente estava direcionado àquela prática. Entendimento diverso implicaria manifesto *bis in idem*, diversamente do que ocorre no concurso formal. Apelo desprovido. (Apelação Crime Nº 70054557582, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 25/02/2015). Data de Julgamento: 25/02/2015

⁶⁴³ A conveniência da arguição ou não das teses relacionadas na fase de resposta à acusação dependerá do caso concreto.

⁶⁴⁴ Art. 397, inc. III do CPP; Referência: STF/HC n. 121.903/MG, pub. 01/07/2014; STJ/RHC n. 48443/MG, pub. 05/02/2015; STJ/HC n. 276.766/RS, pub. 03/02/2015.

b) considerando a ausência de expressão econômica do objeto ⁶⁴⁵;

II – se presente os requisitos para proposta da suspensão condicional do processo.

Art. 402. Nos crimes de apropriação indébita, em memoriais, atentar para:

I – a atipicidade material da conduta narrada na denúncia:

a) em razão do valor insignificante do objeto da apropriação:

1 – é defensável o reconhecimento do princípio da insignificância, mesmo sendo o assistido reincidente, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ⁶⁴⁶.

2 – o princípio da isonomia poderá ser alegado comparando o entendimento majoritário para a aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de descaminho ⁶⁴⁷.

b) em razão da ausência de expressão econômica do objeto ⁶⁴⁸.

II – atipicidade formal da conduta que implica que estejam devidamente narrados na denúncia e comprovados:

a) a preexistência de posse ou detenção legal sobre a coisa por parte do assistido;

b) o surgimento do dolo, ou seja, da vontade de ter a coisa para si como se fosse dono;

c) que a vontade de ter a coisa para si tenha surgido após a posse ou detenção legal da coisa.

Parágrafo único. Sendo denunciado pelo delito de apropriação indébita e havendo condenação por delito diverso, caso as elementares não estejam devidamente narradas na denúncia, sugere-se ao defensor público que, na fase recursal, pleiteie absolvição ⁶⁴⁹.

Art. 403. Sendo o objeto da apropriação de pequeno valor e o assistido primário atentar para o reconhecimento do privilégio.

§ 1º Reconhecido o privilégio, a opção do julgador em não aplicar apenas a pena de multa ou diminuir a pena aquém do máximo previsto deverá ser devidamente fundamentada.

§ 2º Caso contrário, sugere-se ao defensor público pleitear em sede recursal a diminuição no patamar máximo previsto por ausência de fundamentação.

§ 3º No delito de apropriação indébita privilegiada, estando presentes as causas de aumento previstas no art. 168, §1º do CP, observar a possibilidade de aplicar a suspensão condicional do processo.

§ 4º Em caso de crime continuado observar a possibilidade de reconhecer o privilégio para cada apropriação separadamente, já que a continuidade delitiva visa beneficiar e não prejudicar o réu.

⁶⁴⁵ Referência: STJ/HC n. 118.873/SC (2008/0232248-0) julg. 17/03/2011; STJ/HC n. 222.503/SP, julg. 15/03/2012 e publ. 29/03/2012.

⁶⁴⁶ Referência: STF/HC n. 123.533/SP; STF/HC n. 123.108/MG e STF/HC n. 123.734/MG, julgamentos suspensos, Inf. n. 771/STF.

⁶⁴⁷ Referência: STF/HC n. 121717/PR, publ. 3.6.2014.

⁶⁴⁸ Folhas de cheque em branco; documentos pessoais; cartões bancários; etc..

⁶⁴⁹ Súmula 453 do STF.



SEÇÃO VIII DO ESTELIONATO

Art. 404. Na fase de resposta à acusação atentar e, entendendo conveniente⁶⁵⁰, argüir, sem prejuízo de outros apontamentos:

I – atipicidade material da conduta narrada na denúncia, considerando o valor insignificante do prejuízo⁶⁵¹;

II – se presente os requisitos para proposta da suspensão condicional do processo.

Art. 405. Nos crimes de estelionato atentar, em memoriais, para:

I – atipicidade material da conduta narrada na denúncia em razão do valor insignificante do prejuízo⁶⁵²:

a) é defensável o reconhecimento do princípio da insignificância, mesmo sendo o assistido reincidente, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁶⁵³;

b) o princípio da isonomia poderá ser alegado comparando o entendimento majoritário para a aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de descaminho⁶⁵⁴.

II – atipicidade formal da conduta que pressupõe que os seguintes elementos estejam devidamente narrados na denúncia e comprovados durante a instrução:

a) meio fraudulento utilizado pelo assistido para induzir ou manter a vítima em erro;

b) que o meio utilizado pelo assistido seja capaz de levar ou manter a vítima em erro e que o erro da vítima seja resultante desta conduta;

c) que este erro gere injusto proveito para o assistido ou terceiro em prejuízo alheio.

Parágrafo único. Atentar-se para a necessidade do dolo de enganar, ludibriar e levar a vítima em erro exista quando da prática da conduta, não se aperfeiçoando o crime de estelionato se ocorrer o mero inadimplemento contratual ou se a intenção de causar prejuízo for posterior.

Art. 406. Nos crimes de estelionato por meios que deixam vestígios atentar para a necessidade da realização de exame pericial nos elementos que constituem a materialidade do crime⁶⁵⁵.

Art. 407. Nos casos em que os meios fraudulentos utilizados pelo assistido não possuam capacidade de induzir ou manter a vítima em erro, não havendo possibilidade de êxito⁶⁵⁶, atentar para o reconhecimento do crime impossível por ineficácia absoluta do meio.

⁶⁵⁰ A conveniência da argüição ou não das teses relacionadas na fase de resposta à acusação dependerá do caso concreto.

⁶⁵¹ Art. 397, inc. III do CPP; STJ/HC n. 118203/MG – 2008/0224532-1, julg. 23/03/2010, DJe 03/05/2010.

⁶⁵² Referência: TJMG/Apelção Criminal n. 1.0372.08.037315-5/001, julg. 31/01/2013 e publ. 08/02/2013; TJMG/Apelção Criminal nº 1.0499.11.001805-2/001, julg. 22/10/2013, publ. 31/10/2013.

⁶⁵³ Referência: STF/HC n. 123.533/SP; STF/123.108/MG e STF/123.734/MG, julgamentos suspensos, Inf. n. 771/STF.

⁶⁵⁴ Referência: STF/HC n. 121717/PR, publ. 3.6.2014.

⁶⁵⁵ Exemplo: cheque com assinatura falsa e documentos falsos.

⁶⁵⁶ Exemplo: falsificação grosseira de documentos ou cheques utilizados.

Art. 408. Sendo o prejuízo de pequeno valor e o assistido primário atentar para o reconhecimento do privilégio.

§ 1º Considerando que o estelionato privilegiado menciona prejuízo de pequeno valor, atentar para o reconhecimento do privilégio mesmo sendo a vantagem visada de valor elevado.

§ 2º Reconhecido o privilégio, a opção do julgador em não aplicar apenas a pena de multa ou diminuir a pena aquém do máximo previsto deverá ser devidamente fundamentada.

§ 3º Caso contrário sugere-se ao defensor público pleitear em sede recursal a diminuição no patamar máximo previsto por ausência de fundamentação.

§ 4º Em caso de crime continuado o defensor público deverá observar a possibilidade de reconhecer o privilégio para cada estelionato separadamente, já que a continuidade delitiva visa beneficiar e não prejudicar o réu.

Art. 409. No caso da conduta consistir em fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro atentar-se para a necessidade do assistido ter efetivamente realizado o pedido de indenização ou pagamento de seguro para configurar início da execução⁶⁵⁷.

Art. 410. No caso da conduta consistir em pagamento por meio de cheque sem a devida provisão de fundos, observar:

I – se o assistido é o emissor do cheque;

II – se houve a necessária recusa do pagamento pelo sacado e se a ação penal foi distribuída no foro competente, qual seja, do local onde a recusa ocorreu⁶⁵⁸;

III – se o cheque não era pós-datado, pois neste caso não estará configurado o delito de estelionato;

IV – se restou caracterizada e comprovada a fraude quando da emissão do cheque⁶⁵⁹.

SEÇÃO IX DA RECEPÇÃO

Art. 411. Alegar na fase de resposta à acusação⁶⁶⁰:

I – atipicidade material da conduta narrada na denúncia:

a) considerando o valor insignificante do objeto da recepção⁶⁶¹;

⁶⁵⁷ Referência: Greco, Rogério. Código Penal Comentado, ed. Impetus, 2008, p. 846/847.

⁶⁵⁸ Referência: Súmula 521 do STF e 244 do STJ;

⁶⁵⁹ Referência: Súmula 246 do STF.

⁶⁶⁰ A conveniência da argüição ou não das teses relacionadas já na fase de defesa preliminar dependerá do caso concreto.

⁶⁶¹ Referência: Art. 397, inc. III do CPP; STJ/AgRg no HC 206557/MS, julg. 04/09/2014 e publ. 15/09/2014.



b) considerando a ausência de expressão econômica do objeto (exemplificativamente: folhas de cheque em branco; documentos pessoais e cartões bancários)⁶⁶²;

II – requisitos para proposta da suspensão condicional do processo.

Art. 412. Imputado ao assistido o delito de receptação, em memoriais, atentar para:

I – a atipicidade material da conduta narrada na denúncia em razão do valor insignificante do objeto da receptação⁶⁶³:

a) é defensável o reconhecimento do princípio da insignificância, mesmo sendo o assistido reincidente, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁶⁶⁴.

b) o princípio da isonomia poderá ser alegado comparando o entendimento majoritário para a aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de descaminho⁶⁶⁵.

c) em razão da ausência de expressão econômica do objeto⁶⁶⁶.

II – atipicidade formal que implica que esteja devidamente narrada na denúncia a conduta praticada pelo assistido que caracterize a receptação dolosa; culposa ou qualificada, sobretudo em caso de coautoria ou coparticipação.

Art. 413. Em caso de ação penal por receptação dolosa observar se restou comprovado durante a instrução:

I – a origem ilícita do objeto, não sendo suficiente vaga menção ou presunção;

II – o conhecimento pelo assistido da origem ilícita da coisa, não bastando mera presunção, que poderá caracterizar apenas a receptação culposa⁶⁶⁷.

Parágrafo único. Sendo denunciado pelo delito de receptação dolosa e havendo condenação por receptação culposa, sugere-se ao defensor público que na fase recursal pleiteie absolvição, por força da Súmula 453 do STF, caso as elementares do delito culposo não estejam devidamente narradas na denúncia⁶⁶⁸.

Art. 414. Em caso de ação penal por receptação qualificada observar se restou comprovado durante a instrução a habitualidade da atividade comercial, ainda que irregular ou clandestina, não sendo suficiente o ato isolado.

⁶⁶² Referência: STJ/HC n. 118.873/SC (2008/0232248-0), julg. 17/03/2011; STJ/HC 222.503/SP, julg. 15/03/2012 e publ. 29/03/2012.

⁶⁶³ Referência: STJ/AgRg no REsp 1016476/RS – Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0299643-0, julg. 29/05/2012, DJe 18/06/2012; STF/HC n. 91920/RS, julg. 09/02/2010.

⁶⁶⁴ Referência Jurisprudencial: STF/HC n. 123.533/SP; STF/123.108/MG e STF/123.734/MG, julgamentos suspensos, Inf. n. 771/STF.

⁶⁶⁵ Referência: STF/HC n. 121717/PR, publ. 3.6.2014.

⁶⁶⁶ Folhas de cheque em branco; documentos pessoais; cartões bancários; etc

⁶⁶⁷ Referência: STJ/HC n. 114525 MS 2008/0191744-0, julg. 21/05/2009, DJe 29/06/2009.

⁶⁶⁸ Referência: TJMG/Apeação Criminal 1.0720.11.007028-4/001, julgamento: 07/05/2014.

Parágrafo único. Sem prejuízo do entendimento firmado pelo STF⁶⁶⁹ é defensável alegar a inconstitucionalidade da receptação qualificada do art. 180, §1º do CP por ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Art. 415. Havendo receptação de vários objetos em um só contexto de ação ou inexistindo provas de que ocorreram em contextos diversos, atentar-se para o reconhecimento de um único crime, mesmo sendo os objetos provenientes de vários crimes anteriores⁶⁷⁰.

CAPÍTULO III DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

SEÇÃO ÚNICA DA VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (§ 2º ART.184)

Art. 416. Em sede de resposta à acusação, requerer nova perícia, a fim de que recaia sobre todas as mídias apreendidas, com fundamento no artigo 530-D do CPP.

Parágrafo único. Referida providência tem por objetivo preparar pedido futuro de absolvição por ausência de materialidade.

Art. 417. No mérito, são viáveis as seguintes teses, além de eventual negativa de autoria e debilidade do acervo probatório:

I – ausência de materialidade nos casos em que a perícia:

- a)** não recaiu sobre a totalidade das mídias;
- b)** não apontou os titulares dos direitos autorais;
- c)** não atingiu plenamente o comando constante do art. 160 do CPP;
- d)** não examinou o conteúdo do material apreendido, limitando-se analisar apenas as características externas.

II – atipicidade material em virtude da adequação social⁶⁷¹;

III – *abolitio criminis* quanto à comercialização exclusiva de videofonogramas (DVD), já que a Lei 10.695/03, que modificou o art. 184, §2º, do CP, não contemplou referida espécie de mídia;

IV – ausência de dolo direto;

V – erro de proibição;

VI – inconstitucionalidade do tipo penal previsto no art. 184, §2º, do CP.

§ 1º As teses mencionadas podem ser suscitadas em sede de resposta acusação, se o defensor público entender adequado.

⁶⁶⁹ Este entendimento foi deflagrado na Medida Cautelar no Habeas Corpus – HC 92.525-MC/RJ que tramitou no STF, Rel. Min. Celso de Melo, contudo não prevaleceu em razão do STF ter firmado entendimento contrário, inclusive no julgamento do referido HC 92.525/RJ, com ressalva do entendimento do Relator.

⁶⁷⁰ Referência: TJDFT/Apelção Criminal n. 2004.03.1.011118-4, julg. 11/01/2007.

⁶⁷¹ Princípios como mínima intervenção e fragmentariedade auxiliam na construção da tese.



§ 2º Deve o defensor público velar pela regularidade da dosimetria da pena, sobretudo diante da alta probabilidade de se substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, inclusive nos casos de reincidência não específica.

CAPÍTULO IV DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Art. 418. No que tange à materialidade dos crimes contra a liberdade sexual, recomenda-se:

I – observar se a perícia sexológica é conclusiva;

II – confrontar as informações prestadas pela vítima (data dos fatos, ato sexual ou libidinoso perpetrado pelo autor) com a resposta aos quesitos apresentadas pelo perito criminal;

III – verificar a existência de boletim, prontuário ou informe médico e sua autenticidade quando ausente o laudo pericial.

Parágrafo único. Caso o assistido insistir em carrear o resultado de exame de DNA como comprovação de sua inocência, constar do termo de interrogatório a pergunta referente ao aludido requerimento.

Art. 419. Nos casos em que a denúncia narrar que a vítima é menor, atentar para a presença de certidão de nascimento nos autos.

§ 1º No caso da vítima ser maior, verificar a existência de representação assinada pela mesma (art. 225, do CP), observando o princípio da retroatividade da Lei nº 12.015/2009, mais benéfica, bem como a hipótese de decadência do direito de representação⁶⁷².

§ 2º Na hipótese da vítima ser portadora de enfermidade ou deficiência mental, averiguar a existência de boletim, prontuário ou informe médico e sua autenticidade que comprove a aludida enfermidade ou sofrimento mental.

Art. 420. Nos crimes contra a liberdade sexual, o dolo de satisfação da lascívia (*animus abutendi*) sempre deve estar presente, comportando, conforme o caso, a tese de desclassificação para o delito subsidiário de constrangimento ilegal inserto no art. 146 do CP, ou mesmo de atipicidade da conduta⁶⁷³.

⁶⁷² STJ – Sexta Turma, RHC n. 39.538/RJ, Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe 25/4/2014.

Casuística: extinção da punibilidade em caso de vítima maior de 18 anos que firma retratação em cartório.

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE EX-COMPANHEIRA. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA FEITA EM CARTÓRIO. VÍTIMA MAIOR DE 18 ANOS. NÃO SE TRATA DE PESSOA VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. Consta dos autos não se tratar de vítima menor de 18 anos ou de pessoa vulnerável, já tendo esta sido casada com o recorrido, estando separada de fato há 18 meses. Além disso, há declaração em cartório da vítima dizendo estar arrependida e ter agido por vingança. 2. Agravo regimental improvido.” (STJ – T6 – Sexta Turma, AgRg no REsp 1490832 / SP, Agravo Regimental no Recurso Especial 2014/0245232-5 Min. Sebastião Reis Júnior (1148) in DJe 02/12/2014).

⁶⁷³ Exemplo: agente que teria introduzido os dedos no órgão genital da vítima, a fim de verificar se esta teria mantido relações sexuais com outrem, em que houve a desclassificação para constrangimento ilegal. (STJ – Sexta Turma – AgRg no AREsp 294516 / BA Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0032163-9. Min. Assusete Magalhães. Julgado em 03.12.2013, in DJe 03/02/2014).

Art. 421. Não se subsumindo a conduta do réu ao tipo do estupro, mais gravoso, deve-se observar a hipótese de desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, expressa no art. 61 da Lei 3.688/41.⁶⁷⁴

Art. 422. Deve ser verificada a possibilidade de desclassificação do delito de estupro para o crime de lesão corporal, quando o dolo do réu é de lesionar a vítima em razão de sua negativa da prática de sexo com o autor⁶⁷⁵.

Art. 423. O delito de estupro, por se tratar de crime plurissubsistente, admite a tentativa, devendo-se observar a hipótese de atipicidade da conduta do agente, quando o *iter criminis* não ultrapassou a fase preparatória⁶⁷⁶.

Art. 424. Ocorrendo concurso de agentes, e sendo a vítima violentada por mais de uma vez, uma por cada um dos agentes, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, deve se pleitear para que seja atribuída a cada um deles a prática de apenas um crime de estupro⁶⁷⁷.

Art. 425. Nos casos de estupro de vulnerável, quando a vítima é menor de 14 (quatorze) anos e em que haja seu consentimento, deve-se sustentar a tese de que a presunção de violência é relativa⁶⁷⁸.

Art. 426. No que tange aos estudos realizados por equipe multidisciplinar vale observar que o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução CFP nº 017/2012 que dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito nos diversos contextos.

⁶⁷⁴ TJMG – 4ª C.Crim., Ap. Criminal nº 1.0382.04.038287-3/001- Rel. Des. Helbert Carneiro, Julgado em 11.08.2010); (TJMG – 2ª C.Crim., Ap. Criminal nº 1.0515.05.014895-3/001- Rel. Des. Antonino Baía Borges, Julgado em 30.07.2009; TJMG – 5ª CCrim., Emb Infring e de Nulidade nº 1.0024.11.002830-5/002 – Rel. Des. Eduardo Machado, Julgado em 16/09/2014; TJMG – 6ª C.Crim., Ap. Criminal nº 1.0720.10.006378-6/001 – Rel.(a) Des.(a) Márcia Milanez Julgado em 12/11/2013; TJMG – 3ª CCrim, Ap. Criminal nº 1.0327.05.016461-2/001 – Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, Julgado em 26/02/2013.

⁶⁷⁵ (TJMG – 5ª C.Crim., Ap. Criminal nº 1.0625.08.076176-4/001 Des.(a) Adilson Lamounier, Julgado em 23/09/2008); (TJMG – 1ª C.Crim., Ap. Criminal nº 1.0148.13.006062-4/001 Rel. Des. Silas Vieira, Julgado em 25/11/2014).

⁶⁷⁶ Exemplo: agente que teria colocado a vítima deitada em sua cama não lhe dispensando atos sensuais ou carícias, constituindo-se em mero ato preparatório. (TJMG – 7ª CCrim., Ap. Criminal nº 1.0625.06.057167-0/001 Rel. Des. Cássio Salomé in DJ. 22/06/2011).

⁶⁷⁷ TJMG – 2ª CCrim– Ap. Criminal nº 1.0525.07.122659-7/001 – Rel. Des. Herculano Rodrigues, Julgado em 17/12/09.

⁶⁷⁸ A condição de vulnerabilidade da vítima, trazida pela Lei nº 12.015/09, é relativa, já que o direito penal não admite presunções absolutas, ainda mais nos dias atuais, onde as cenas sexo são temas dominantes na mídia televisiva. 2- Admitir-se hipocritamente que uma jovem com idade inferior a 14 anos seja ingênua e inexperiente, sem capacidade de se autodeterminar em relação à sua sexualidade, é fazer vista grossa à moderna realidade que aí está, onde as meninas, como no caso dos autos, tomam as iniciativas das relações sexuais, dizendo ao namorado que queria perder a virgindade com ele.” (TJMG – 3ª C.Crim. – Ap. Criminal nº 1.0693.10.007817-1/001 Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, Julgado em 01/11/2011)
Outros Julgados: (TJMG – 3ª C.Crim. Ap. Criminal nº 1.0521.14.001439-5/001. Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, Julgado em 27/01/2015; (TJMG – 7ª C.Crim. – Ap. Criminal nº 1.0414.04.006329-2/001 – Rel. Des. Duarte de Paula, Julgado em 22/10/2013).



CAPÍTULO V DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

SEÇÃO ÚNICA DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Art. 427. O delito de associação criminosa⁶⁷⁹ é doloso, autônomo e permanente. Não se trata de cogitação punível, mas ato preparatório que constitui crime.

Art. 428. Para sua consumação, exige-se:

I – o concurso necessário de 3 (três) ou mais pessoas;

II – a finalidade específica de cometer crimes.

§ 1º Não se exige a prática de delito posterior, bastando a prova da associação com a finalidade específica.

§ 2º Para a configuração do concurso, consideram-se no cômputo do numerário legal os inimputáveis.

Art. 429. Se a associação em questão não tiver por objetivo o cometimento de ilícitos penais, devidamente tipificados na legislação penal em geral, estar-se-á defronte de irrelevante criminal, mesmo que os atos praticados sejam imorais.

Parágrafo único. Deparando-se com denúncia por associação criminosa baseada na prática de irrelevante criminal, poderá o defensor público valer-se de todos os meios para cessar a *persecutio criminis*, a exemplo do *habeas corpus* para o trancamento da ação penal.

Art. 430. No caso do delito previsto na Lei 11.343/06, a associação criminosa ali encontra tipificação específica no art. 35, configurando-se *bis in idem* o concurso de crimes⁶⁸⁰.

Art. 431. Haverá aumento de pena até a metade:

I – se houver participação de criança ou adolescente.

II – se a associação for armada, considerando-se arma qualquer objeto que tenha potencialidade ofensiva e poder de intimidação sobre a vítima.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, basta que apenas um dos membros porte arma, ainda que não ostensivamente. Contudo, os integrantes deverão ter conhecimento da existência da arma e concordar com sua utilização. Caso contrário, a causa de aumento não incidirá;

Art. 432. Caso esteja presente nos autos a figura da colaboração premiada, sugere-se ao defensor público atentar para o disposto no art. 4º, da Lei 12.850/13.

⁶⁷⁹ Conforme redação dada pela Lei nº 12.850/2013.

⁶⁸⁰ Artigo 288 do CP com artigo 35 da lei em questão.

Art. 433. Caso haja comprovação de associação com caráter de milícia, paramilitar e de grupo de extermínio para o cometimento dos crimes previstos exclusivamente no CP, aplicar-se-á o disposto no artigo 288-A do referido *codex*.

CAPÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

SEÇÃO I

DA FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E DO USO DE DOCUMENTO FALSO

Art. 434. É inadmissível, em virtude do princípio da consunção⁶⁸¹, a condenação concomitante pelos crimes de falsificação de documento e de seu uso.

Art. 435. São teses viáveis, além de eventual negativa de autoria:

I – nulidade da apreensão dos documentos e consequente falência de todo o acervo probatório em virtude ação policial contrária ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, nos casos em que não se obtém mandado de busca e apreensão;

II – atipicidade material por se tratar de falsificação grosseira⁶⁸²;

III – ausência de materialidade por não constar o documento original nos autos⁶⁸³;

IV – ausência de dolo⁶⁸⁴;

V – ausência de vontade consciente de exibição, elemento subjetivo do tipo, nos casos em que o acusado é provocado a exibir o documento e não o faz espontaneamente⁶⁸⁵;

VI – desclassificação para o delito previsto no art. 301 do CP. Nesse caso, deduzir pedido sucessivo de abertura de vista ao Ministério Público para fins do art. 89 da Lei 9.099/95⁶⁸⁶;

VII – desclassificação para o delito previsto no art. 307 do CP quando a falsidade consistir em substituir a fotografia do documento público, já que o documento permanece autêntico⁶⁸⁷;

⁶⁸¹ TJMG – Apelação Criminal 1.0045.13.000565-0/001, Relator(a): Des.(a) Matheus Chaves Jardim, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/04/2015, publicação da súmula em 04/05/2015.

⁶⁸² TJMG -Apelação Criminal 1.0056.09.208621-6/001, Relator(a): Des.(a) Fortuna Grion, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/10/2014, publicação da súmula em 06/11/2014.

⁶⁸³ TJMG -Apelação Criminal 1.0000.00.303010-3/000, Relator(a): Des.(a) Kelsen Carneiro, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/05/2003, publicação da súmula em 13/08/2003.

⁶⁸⁴ TRF-4 – ACR: 50028742620124047105 RS 5002874-26.2012.404.7105, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 20/08/2013, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 21/08/2013.

⁶⁸⁵ TJRJ – AC- Rel. Enéas Machado Cotta – RTJE 35/330.

⁶⁸⁶ TJMG -Apelação Criminal 1.0024.09.591236-6/001, Relator(a): Des.(a) Amauri Pinto Ferreira (JD CONVOCADO), 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/02/2015, publicação da súmula em 25/02/2015.

⁶⁸⁷ RT 590/334.



VIII – desclassificação para o delito previsto no art. 298 do CP quando se tratar de documento particular e o Ministério Público, equivocadamente, capitula a conduta no artigo 297 do mesmo diploma⁶⁸⁸.

§ 1º Em caso de ser imputado o crime de estelionato, observar que a jurisprudência consolidada orienta-se no sentido de aplicar o princípio da consunção⁶⁸⁹.

§ 2º Deve o defensor público velar pela regularidade da dosimetria da pena, sobretudo diante da alta probabilidade de se substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, inclusive nos casos de reincidência não específica.

SEÇÃO II DA FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR

Art. 436. As teses relativas ao crime de uso e falsificação de documento público podem ser aplicadas ao crime de falsificação de documento particular, guardadas a pertinência e viabilidade a serem analisadas pelo defensor público.

§ 1º Velar pela possibilidade de oferecimento do direito previsto no art. 89 da Lei 9.099/95.

§ 2º Velar pela regularidade da dosimetria da pena, sobretudo diante da alta probabilidade de se substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, inclusive nos casos de reincidência não específica.

SEÇÃO III DA FALSIDADE IDEOLÓGICA

Art. 437. São teses viáveis, além de eventual negativa de autoria:

I – ausência de materialidade por ausência de perícia ou por sua deficiência;

II - ausência de dolo específico⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Nesse ponto vale ressaltar que o documento particular em que houver o reconhecimento de firma não será considerado público. Ainda, é possível sustentar a impossibilidade de condenação também pelo crime previsto no artigo 298 do Código Penal com base em uma necessidade de releitura do instituto da emendatio libeli:

“Mas, pensamos, o processo penal brasileiro não pode mais tolerar a aplicação acrítica do reducionismo contido nos axiomas jura novit curia e narra mihifactum dado tibi iuris, pois o fato processual abrange a qualificação jurídica e o réu não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação atribuída pelo acusador. A garantia do contraditório, art. 5º, LV, da Constituição, impõe a vedação da surpresa, pois incompatível com o direito a informação clara e determinada do caso penal em julgamento. No que tange ao reducionista argumento de que se trata de ‘mera correção da tipificação’ adverte GERALDO PRADO que supor que o Ministério Público não saiba qualificar juridicamente os fatos apurados na investigação preliminar é estar em rota de colisão com a realidade. Ora, não se está lidando com um mero burocrata, tecnólogo de ensino médio. Todo o oposto. Ou então teremos de afirmar que ali estão profissionais incompetentes para a função, o que, obviamente, não é o caso.” (LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**, 9. ed., editora Saraiva, p. 1.099).

⁶⁸⁹ TJMG -Apelação Criminal 1.0471.13.016172-5/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/03/2015, publicação da súmula em 13/03/2015.

⁶⁹⁰ Resp 1453904/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015. Ver também Apn 418/MT, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/03/2006, DJ 03/04/2006, p. 196.

§ 1º Caso também seja imputado ao acusado o crime previsto no art. 307 do CP, sustentar a tese de que o crime de falsidade ideológica foi mero desdobramento da conduta típica inicialmente perpetrada, aplicando-se os princípios da especialidade e consunção⁶⁹¹.

§ 2º Caso também seja imputado ao acusado o crime previsto no art. 304 do CP sustentar a aplicabilidade do princípio da consunção.

§ 3º Velar pela possibilidade de oferecimento do direito previsto no art. 89 da Lei 9.099/95.

§ 4º Velar pela regularidade da dosimetria da pena, sobretudo diante da alta probabilidade de se substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, inclusive nos casos de reincidência não específica.

SEÇÃO IV DA FALSA IDENTIDADE

Art. 438. Trata-se de crime de menor potencial ofensivo e, portanto, caso imputado isoladamente, deve o procedimento seguir o rito previsto na Lei 9.099/95, devendo o defensor público velar pela aplicação dos institutos despenalizadores previstos naquela legislação.

Art. 439. São teses viáveis, além de eventual negativa de autoria:

I – atipicidade do fato por revelar nítido exercício de autodefesa, sem obtenção de vantagem para si ou prejuízo a terceiros⁶⁹²;

II – arrependimento eficaz, nos casos em que o acusado revela seu verdadeiro nome posteriormente⁶⁹³.

§ 1º Velar pela possibilidade de oferecimento do direito previsto no art. 89 da Lei 9.099/95.

§ 2º Velar pela regularidade da dosimetria da pena, sobretudo diante da alta probabilidade de se substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, inclusive nos casos de reincidência não específica.

⁶⁹¹ TJMG -Apelação Criminal 1.0145.07.428413-7/001, Relator(a): Des.(a) Renato Martins Jacob , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/12/2008, publicação da súmula em 09/01/2009.

⁶⁹² TJMG -Apelação Criminal 1.0394.14.007332-8/001, Relator(a): Des.(a) Luziene Barbosa Lima (JD Convocada) , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/05/2015, publicação da súmula em 08/06/2015 (tese encontra sustentação no voto vencido). Ver também TJMG -Apelação Criminal 1.0024.08.838603-2/001, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/09/2009, publicação da súmula em 09/10/2009.

⁶⁹³ TJMG -Apelação Criminal 1.0079.13.017956-1/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/11/2013, publicação da súmula em 25/11/2013.



CAPÍTULO VII DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SEÇÃO I DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Art. 440. Como disposição geral, afeta a todo crime praticado contra a Administração Pública, sugere-se ao defensor público verificar:

I – se a denúncia preencheu os requisitos dispostos no art. 41 do CPP, ou seja, se descreveu de maneira pormenorizada a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais possa identificá-lo, a classificação do crime e conduta individualizada do autor ou autores do fato;

II – se foi obedecido o disposto no art. 513 e seguintes do CPP, nos crimes de responsabilidade praticados por funcionários públicos, afiançáveis;

III – se houve indevida supressão da resposta escrita, no prazo de 15 (quinze) dias, antes do recebimento da denúncia⁶⁹⁴.

Art. 441. No que tange ao crime de peculato previsto no art.312 do CP, deve-se observar:

I – se quem figura no polo ativo é mesmo servidor público ou, em caso de concurso, particular que tinha conhecimento da qualidade de servidor do corrêu;

II – se o sujeito passivo ou ofendido apontado na denúncia é o Estado, uma vez que o crime é contra a Administração Pública, podendo a sociedade de economia mista figurar como sujeito passivo somente quando delegada para a execução de um serviço público delegado;

III – se houve comprovação do dolo do agente, sendo que no caso de peculato por apropriação o dolo será genérico e no peculato por desvio, específico;

IV – se o delito foi consumado ou tentado; atinando que:

a) na modalidade peculato-apropriação, a consumação se dá no momento em que o sujeito age como se fosse dono do objeto material;

b) na modalidade peculato-desvio, o momento consumativo ocorre com o ato de desvio, sendo irrelevante se consegue ou não o proveito próprio ou alheio;

c) na modalidade peculato impróprio (peculato-furto) só se admite a consumação quando, intimado, o funcionário não repõe a importância que detinha em razão da suas funções.

V – em se tratando de peculato culposo, se houve a reparação do dano, eis que poderá extinguir a punibilidade do agente ou reduzir a pena.

Art. 442. Em relação ao crime de peculato mediante erro de outrem previsto no art. 313 do CP, verificar se houve dolo no momento em que o sujeito ativo se apropriou da coisa, pois, não existe este delito sem dolo.

⁶⁹⁴ “Nulo é o processo por peculato, em que a denúncia é recebida antes da notificação a que alude o art. 514 do CPP. Trata-se de nulidade absoluta, decretável ainda que o acusado não mais esteja exercendo a função pública” (TJSP – HC- Rel. Diwaldo Sampaio – RT 452/356).

Art. 443. No que diz respeito ao delito de inserção de dados falsos em sistema de informações previsto no art. 313-A do CP, verificar se houve a oportunidade da defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP;

Art. 444. Quanto ao delito de modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações, previsto no art. 313-B do CP, se a denúncia se referir somente ao *caput*, verificar se foi feita a proposta de transação penal.

Art. 445. Em relação ao crime de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento previsto no art. 314 do CP, verificar:

I – se foi feita a proposta de suspensão condicional do processo;

II – se o a conduta era desprovida de dolo, uma vez que não há punição no crime em apreço a título de culpa.

Art. 446. Quanto ao delito de emprego irregular de verbas ou rendas públicas previsto no art. 315 do CP, observar:

I – se foi feita a proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo na hipótese de combinação com o art. 327, § 2º, do CP;

II – se o orçamento foi aprovado por Lei ou por decreto do próprio Poder Executivo, caso em que faltará o requisito exigido pelo art. 315 do CP⁶⁹⁵.

Art. 447. No que diz respeito ao delito de concussão previsto no art. 316 do CP, o defensor público deverá considerar o seguinte:

I – se houve a oportunidade da defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP;

II – sendo delito formal a concussão não exige o recebimento da vantagem indevida, consumando-se com o simples ato da exigência da indébita vantagem. Assim, se a prisão em flagrante do acusado ocorrer dias depois, será totalmente ilegal, devendo ser manejado *Habeas Corpus*.

Art. 448. Em relação ao crime de corrupção passiva previsto no art. 317 do CP:

I – verificar se houve a oportunidade da defesa preliminar prevista no artigo 514 do CPP.

II – no caso do § 2º deste art. 317, ainda que combinado com o § 2º do art. 327, ambos do CP, verificar se houve proposta de transação penal;

III – verificar se os fatos ocorreram antes da Lei nº 10.763, de 13.11.2003, pois a suspensão condicional será cabível no *caput*, desde que não haja aumento algum de pena (seja do § 1º deste art. 317, seja do art. 327, § 2º, ambos do CP). Referida suspensão é igualmente cabível no § 2º deste artigo 217 mesmo que aplicáveis os referidos aumentos.

IV – verificar se a solicitação é possível de ser cumprida pelo agente. Se não tiver ao alcance da pessoa que é solicitada não ocorrerá o delito⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ “É imprescindível à caracterização do crime descrito no artigo 315 do CP a existência de lei, em sentido formal e material, a prever a destinação da verba (STF, RT 833/462).

⁶⁹⁶ (TJSP – AC – Rel. Denner de Sá – RT 505/296).



Art. 449. Quanto ao delito de facilitação de contrabando ou descaminho previsto no art. 318 do CP, a competência será sempre da Justiça Federal, ainda que o funcionário seja estadual⁶⁹⁷.

Art. 450. Em relação ao delito de prevaricação previsto no art. 319 do CP:

I – atentar para a possibilidade de transação penal, ainda que combinado como § 2º do art. 327 (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006);

II – a simples desídia não configura a prevaricação⁶⁹⁸;

III – é imprescindível que o agente esteja no exercício da função;

IV – são três as modalidades previstas:

a) retardar, indevidamente, ato de ofício;

b) deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

c) praticá-lo contra disposição expressa de lei.

Parágrafo único. Nas duas primeiras modalidades do inciso anterior, a omissão ou retardamento é feito indevidamente, ou seja, de modo indevido, injustificado ou ilegal. Por sua vez, na última modalidade, há prática de ato, mas não é ato de seu dever, mas ato que transgride disposição expressa constante de lei (e não mero regulamento).

Art. 451. No delito de prevaricação do art. 319-A do CP, acrescido pela Lei nº 11.466/2007, verificar se ofertada a transação penal.

Art. 452. Quanto ao crime de condescendência criminosa previsto no art. 320 do CP, verificar, antes de tudo, se o sujeito ativo era ao tempo do crime superior hierárquico daquele que praticou a infração penal.

Parágrafo único. Atentar também para a possibilidade de transação penal, ainda que combinado com o § 2º do art. 327 (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006).

Art. 453. Em relação ao delito de advocacia administrativa previsto no art. 321 do CP, deve o defensor público verificar se ofertada a transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95).

Art. 454. No que se refere à violência arbitrária previsto no art. 322 do CP, sem prejuízo da discussão acerca de sua revogação pela Lei nº 4.898/65, art. 3º, “i”:

I – atentar para a possibilidade de suspensão condicional do processo, ainda que combinado com o § 2º do art. 327 (artigo 89 da Lei 9.099/95);

II – verificar se a violência foi cometida no exercício da função ou a pretexto de exercê-la.

⁶⁹⁷ (TJSP, RT 410/123).

⁶⁹⁸ (TRF da 1ª R. HC 23.178, DJU 3.12.92, p. 40764, in RBCCr 1/228; TJSP, RT 543/342; TJMT, RT 767/643).

Art. 455. Quanto ao delito de abandono de função previsto no art. 323 do CP:

I – tanto em relação ao *caput* quanto ao §1º há possibilidade de transação penal, ainda que combinado com o § 2º do art. 327 (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006);

II – em relação ao § 2º há possibilidade de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95);

III – o abandonar a que se refere o tipo penal significa deixar ao desamparo, e tal não acontece se houver outro funcionário no órgão público.

Art. 456. No delito de exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado previsto no art. 324 do CP, observar se foi ofertada a ofertada a transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95).

Art. 457. No que se refere ao crime de violação de sigilo funcional previsto no art. 325 do CP observar se:

I – o denunciado é funcionário público, eis que o particular a quem o segredo é transmitido não pratica o crime, a menos que tenha concorrido para que a revelação seja feita;

II – se foi ofertada transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006).

Art. 458. O delito de violação do sigilo de proposta de concorrência previsto no art. 326 do CP foi revogado tacitamente pelo art. 94, da Lei nº 8.666/93.

SEÇÃO II

DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Art. 459. Quanto ao crime de usurpação de função pública previsto no art. 328 do CP:

I – uma vez que usurpar significa tomar, arrebatar, apoderar-se; não basta que o agente se faça passar pelo ocupante do cargo, sendo necessário que exerça, efetivamente, a função;

II – os agentes da Guarda Civil Municipal que, com fundada suspeita de ocorrência de crime, efetuam prisão em flagrante, não cometem o delito, pois agem como se fossem qualquer do povo. Ademais, estando o delito inscrito no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração em geral, não se tipifica quando os agentes são funcionários da administração;

III – em se tratando do *caput* do artigo, verificar se foi proposta transação penal (art. 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006).

Art. 460. No que se refere ao delito de resistência previsto no art. 329 do CP, observar:

I – se houve a rigorosa comprovação da legalidade do ato do funcionário público, eis que a dúvida quanto à legalidade de ser ao agente funcionário público e ser o ato legal afasta o dolo necessário à tipificação do delito;



- II** – se o funcionário que exerceu o ato era competente para tal;
- III** – se houve, efetivamente, o uso de violência ou grave ameaça. Simples ofensas por palavras não caracterizam o delito;
- IV** – se houve apenas oposição pacífica, pois esta não tipifica o delito de resistência;
- V** – a não configuração do delito diante da mera fuga ou ações da pessoa que está sendo detida e que apenas procura se desvencilhar de seus captores⁶⁹⁹;
- VI** – em se tratando do *caput* do artigo, se foi proposta transação penal (art. 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006);
- VII** – em se tratando do § 1º, se foi proposta suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

Art. 461. Em relação ao delito de desobediência previsto no art. 330 do CP:

- I** – verificar se foi proposta transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006);
- II** – verificar se a denúncia indicou, especificadamente, qual a ordem que foi desobedecida;
- III** – o comparecimento do acusado em audiência é um corolário do direito a ampla defesa, assim, eventual ausência ao ato não implica tipificação do delito;
- IV** – a negativa de sujeição ao bafômetro, exame sanguíneo e outros, em decorrência do direito do silêncio (CR, art. 5º, LXIII), que compreende o direito de não se autoincriminar, não implica tipificação do delito;
- V** – o não fornecimento de exame de sangue para exame de paternidade, a recusa em fornecer padrões gráficos ou mesmo a identificação datiloscópica e o sigilo profissional do advogado que recusa em prestar informações requisitadas pelo Ministério Público sobre fatos havidos em processo no qual funcionou, também não ferem o disposto no art. 330 do CP;
- VI** – verificar a legalidade da ordem emanada do funcionário público, bem como para o destinatário, ou seja, se ele é o responsável pela efetivação do ato;
- VII** – verificar a existência de intimação pessoal do destinatário da ordem judicial não cumprida.

Art. 462. Quanto ao delito de desacato previsto no art. 331 do CP:

- I** – verificar se foi feita proposta transação penal (art. 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006);
- II** – o mero desabafo momentâneo não configura o crime, bem como o fato de existir uma discussão motivada pela exaltação mútua de ânimos;
- III** – a embriaguez afasta o desacato, pois despoja o agente da plena integridade das suas faculdades psíquicas⁷⁰⁰;

⁶⁹⁹ (TRF da 3ª R., Ap. 85.528, DJU 22.5.96, p. 33268, in Bol. IBCCr 44/157; TJMT, RT 751/649).

⁷⁰⁰ (TACrSP, RT 719/444).

IV – a denúncia deve citar as palavras ofensivas, bem como a sentença precisa consignar as palavras que julgou injuriosas⁷⁰¹;

V – deve o funcionário ofendido estar exercendo sua função, devendo, também, o agente ter conhecimento da condição de funcionário do ofendido;

VI – há necessidade da presença da autoridade, não se configurando o delito se a ofensa for irrogada por telefone;

VII – se o funcionário der causa ao desabafo ou retorsão não se configurará o delito;

VIII – a ofensa será considerada crime único se o desacato for praticado num só contexto fático, ainda que dirigida contra vários servidores;

IX – as declarações isoladas da vítima não são suficientes para que haja condenação⁷⁰².

Art. 463. Em relação ao delito de tráfico de influência previsto no art. 332 do CP, explorar durante a audiência de instrução e julgamento se o agente, efetivamente, alardeou ter prestígio junto ao funcionário.

Art. 464. Quanto ao delito de corrupção ativa previsto no art. 333 do CP, atentar para:

I – a possibilidade de suspensão condicional do processo nos delitos cometidos antes da vigência da Lei nº 10.736/2003⁷⁰³. Após tal data, ela não será mais cabível, eis que a pena mínima foi alterada para 02 (dois) anos;

II – o detento que corrompe guarda para fugir não pratica crime, pois a evasão sem violência é atípica⁷⁰⁴.

Art. 465. Quanto ao crime de contrabando ou descaminho previsto no art. 334 do CP, a competência é da Justiça Federal.

Art. 466. O delito nominado impedimento, perturbação ou fraude de concorrência previsto no art. 335 do CP foi revogado tacitamente pelos artigos 90,93, 95, 96 e 98 da Lei nº 8.666/93.

Art. 467. Em relação ao delito de inutilização de edital ou de sinal previsto no art. 336 do CP, atentar para a possibilidade de transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006).

Art. 468. Em relação ao delito de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art. 337-A do CP, a competência é da Justiça Federal.

⁷⁰¹ (TACrSP, Julgados 78/319).

⁷⁰² (TFR, Ap. 3.436, DJU 12.12.79, p. 9352).

⁷⁰³ Isto é, antes de 13.11.2003, a suspensão será cabível no caput.

⁷⁰⁴ (TJPR, RT 611/385; TJSP, RT 539/270).



SEÇÃO III

DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO ESTRANGEIRA

Art. 469. Os delitos de corrupção ativa em transação comercial internacional previsto no art. 337-B do CP e tráfico de influência em transação comercial internacional previsto no art. 337-C do CP, são de competência da Justiça Federal, já que restam envolvidos funcionários públicos estrangeiros, afetando, assim, as relações internacionais brasileiras, que são de interesses da União (art. 109, V da CR).

SEÇÃO IV

DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Art. 470. Quanto ao reingresso de estrangeiro expulso previsto no art. 338 do CP, a competência é da Justiça Federal (CR, art. 109, X).

Art. 471. Em relação ao delito de denúncia caluniosa previsto no art. 339 do CP:

- I** – exige-se do agente a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática criminosa;
- II** – se o fato se limitar ao registro de boletim de ocorrência, restringindo-se a descrever os fatos ocorridos, sem apontar a prática de qualquer crime não haverá delito;
- III** – o simples fato de solicitar a apuração da responsabilidade não equivale a imputar;
- IV** – a simples petição informando a autoridade judicial que pode ter ocorrido crime ou má prestação de serviços não se enquadra dentro do conceito de inquérito ou processo judicial.

Art. 472. No que diz respeito ao crime de comunicação falsa de crime ou de contravenção previsto no art. 340 do CP, verificar se foi proposta a transação penal (art. 76 c/c o art. 61 da Lei 9.099/95, este último com redação dada pela Lei nº 11.313, de 28.6.2006).

Parágrafo único. Neste delito há possibilidade de arrependimento eficaz se, após a comunicação, o agente se arrepender e contar a verdade, antes de iniciadas as diligências policiais.

Art. 473. Quanto ao delito de autoacusação falsa previsto no art. 341 do CP:

- I** – verificar se foi proposta a transação penal (art. 76 c/c o art. 61 da Lei 9.099/95, este último com redação dada pela Lei nº 11.313, de 28.6.2006);
- II** – atentar para o fato de que é imprescindível que o agente se acuse perante autoridade e não perante outras pessoas ou populares;
- III** – é necessário que a autoacusação falsa seja feita por meio de comunicação escrita à autoridade, em declarações ou confissão tomada por termo e assinada; não basta a feita em boletim de ocorrências ou registro de ocorrências, se depois o agente a corrigir.

Art. 474. Em relação ao delito de falso testemunho ou falsa perícia previsto no art. 342 do CP, observar:

I – se foi ofertada transação penal;

II – se o acusado se retratar perante a autoridade policial, reconhecendo seu equívoco, antes do oferecimento da denúncia, o fato deixa de ser punível;

III – para a configuração do delito deve existir potencialidade de dano para a administração da justiça, descaracterizando-se o delito se a inveracidade da informação for óbvia ou se foi prestada em processo cujos acusados foram absolvidos, por não ser crime o fato a eles atribuído, porquanto faltou potencialidade lesiva à administração da justiça;

IV – se há relação de parentesco entre a testemunha que falseou e o acusado, pois, em caso afirmativo, não haverá o crime;

V – compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista.

Art. 475. No que diz respeito ao delito de coação no curso do processo previsto no art. 344 do CP:

I – verificar se foi ofertada suspensão condicional do processo (cabível desde que não haja o aumento correspondente à violência);

II – observar se a ameaça foi grave, sendo insuficiente a simples advertência.

Art. 476. Em relação ao delito de exercício arbitrário das próprias razões previsto no art. 345 do CP:

I – é possível a composição civil (art. 72 a 74 da Lei nº 9.099/95) nos caso em que não houver violência ou se da violência resultar lesões corporais leves;

II – cabe transação penal, tendo havido ou não o emprego de violência.

Art. 477. No delito de fraude processual previsto no art. 347 do CP:

I – verificar se foi ofertada proposta de transação penal;

II – observar se existiu citação válida, capaz de ensejar o processo, pois é indispensável que o agente tenha ciência inequívoca da ação cível;

III – somente restará configurado o delito, quando a inovação tiver a finalidade de induzir em erro o juiz, diretamente ou por via reflexa pericial.

Art. 478. Quanto ao crime de favorecimento pessoal previsto no art. 348 do CP verificar se foi ofertada proposta de transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006).

Art. 479. No que tange ao favorecimento real previsto no art. 349 do CP, observar:

I – se houve proposta de transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006);

II – se houve a comprovação prévia da existência de um crime anterior, praticado pelo favorecido e reconhecido por decisão transitado em julgado⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ (Franceschuni, Jurisprudência, 1975, v. II, nº 2.393).



Art. 480. Em relação ao delito de exercício arbitrário ou abuso de poder previsto no art. 350 do CP, arguir revogação tácita pela Lei 4.898/65⁷⁰⁶.

Art. 481. Verificar se foi ofertada proposta de transação penal no delito de fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança previsto no art. 351 do CP, em se tratando do *caput* e do § 4º, desde que não haja o aumento de pena previsto no §2º.

Art. 482. Em relação ao delito de evasão mediante violência contra pessoa previsto no art. 352 do CP:

I – verificar se foi ofertada proposta de transação penal;

II – verificar se houve comprovada violência física contra a pessoa, pois não haverá crime a fuga do preso ou internado sem que a ocorrência de violência.

Art. 483. Quanto ao arrebatamento de preso previsto no art. 353 do CP, verificar se foi ofertada a suspensão condicional do processo.

Art. 484. No crime de motim de presos previsto no art. 354 do CP, verificar se foi ofertada a transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006).

Art. 485. Quanto aos delitos de patrocínio infiel e patrocínio simultâneo ou tergiversação previstos no art. 355 e parágrafo único do CP, verificar se foi ofertada a suspensão condicional do processo.

Art. 486. Quanto ao crime de sonegação de papel ou objeto de valor probatório previsto no art. 356 do CP, verificar se foi proposta a suspensão condicional do processo.

Art. 487. No que diz respeito ao delito de exploração de prestígio previsto no art. 357 do CP, verificar se foi proposta a suspensão condicional do processo, somente cabível na hipótese do *caput*.

Art. 488. Quanto ao delito de violência ou fraude em arrematação judicial previsto no art. 358 do CP:

I – é cabível a transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006), desde que o aumento correspondente à violência não torne a pena máxima cominada superior a 2 (dois) anos;

II – se a arrematação não chegou a se aperfeiçoar, inexistindo nos autos cópia do auto de arrematação, o fato será atípico;

III – se a fraude foi em arrematação judicial trabalhista, a competência é da Justiça Federal.

⁷⁰⁶ A tese de revogação tácita é controversa.

Art. 489. No que diz respeito ao delito de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito previsto no art. 359 do CP, verificar se foi ofertada transação penal (artigo 76 c/c o art. 61 da Lei nº 9.099/95, este último com redação dada pela Lei 11.313, de 28.6.2006).

SEÇÃO V DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

Art. 490. No que diz respeito aos delitos de contratação de operação de crédito previsto no art. 359-a do CP; inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar previsto no art. 359-b do CP; prestação de garantia graciosa previsto no art. 359-e do CP; não cancelamento de restos a pagar previsto no art. 359-F do CP, verificar se foi ofertada transação penal.

Art. 491. Em relação aos delitos de assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura previsto no art. 359-C do CP; ordenação de despesa não autorizada previsto no art. 359-D do CP e aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura previsto no art. 359-G do CP, verificar se foi ofertada a suspensão condicional do processo.

Art. 492. Quanto ao delito nominado oferta pública ou colocação de títulos no mercado previsto no art. 359-H do CP:

I – verificar se foi ofertada a suspensão condicional do processo;

II – em caso de coautoria, verificar nos autos se houve o prévio conhecimento da qualidade de funcionário público do autor.



Parte Segunda: LIVRO IX – Da Atuação em Matéria Criminal
11.3

TÍTULO III DA ATUAÇÃO NA LEI 11.343/06

CAPÍTULO I DOS CRIMES EM ESPÉCIE NA LEI 11.343/06

SEÇÃO I DO PORTE PARA USO PRÓPRIO⁷⁰⁷

Art. 493. Portar entorpecente destinado ao uso próprio é delito de competência do Juizado Especial Criminal. Caso não tenha sido criado o Juizado especial na comarca, o julgamento na vara comum deve observar o rito dos juizados.

§ 1º Os autos serão remetidos à justiça comum:

I – quando houver necessidade de citação por edital;

II – quando houver incompatível com o rito célere do juizado, como ocorre nos casos de instauração do incidente de insanidade mental e dependência toxicológica.

§ 2º Nas hipóteses do parágrafo anterior, se o autor comparecer em juízo e a depender do resultado dos exames, deve-se verificar a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95.

§ 3º A condenação penal por uso de drogas é considerada para fins de reincidência⁷⁰⁸.

SEÇÃO II DO TRÁFICO DE DROGAS⁷⁰⁹

Art. 494. A prática de uma ou mais condutas descritas no tipo penal no mesmo contexto fático caracteriza crime único⁷¹⁰.

Art. 495. A materialidade delitiva é atestada pelo laudo toxicológico definitivo⁷¹¹.

⁷⁰⁷ Art.28 da Lei 11.343/06

⁷⁰⁸ De forma isolada, entendeu de forma diversa o TJSP: Apelação nº 0009781-64.2010.8.26.0400.

⁷⁰⁹ Art.33 da Lei 11.343/06.

⁷¹⁰ TJMG; Apelação nº 1.0271.08.117642-90/001; STF:HC 70035.

⁷¹¹ STJ;AgRg no REsp 1448529 / RJ; TJMG: Apelação nº1.0239.14.001866-8/001.

I – o laudo apócrifo não comprova a materialidade delitiva⁷¹²;

II – a cópia do laudo sem autenticação não atesta a materialidade delitiva⁷¹³;

Parágrafo único. Observar se o laudo definitivo acusa ser a substância apreendida entorpecente⁷¹⁴.

Art. 496. A tese de desclassificação para o delito de uso de drogas depende do núcleo da conduta, e também:

I – da quantidade de droga apreendida⁷¹⁵;

II – da variedade de entorpecentes;

III – do modo de armazenamento da droga;

IV – da existência de dinheiro, sobretudo trocado;

V – da existência de embalagens plásticas⁷¹⁶, balança de precisão e outros equipamentos;

VI – dos antecedentes criminais;

VII – do relatório de vida pregressa;

VIII – do local da prisão;

IX – da existência de utensílios para uso⁷¹⁷.

§ 1º A ausência de prova feita pelo agente no sentido de que a droga seria destinada ao consumo pessoal não retira do Ministério Público o ônus de provar os fatos alegados na denúncia⁷¹⁸.

§ 2º Se a sentença desclassificar a imputação de tráfico para o delito de uso de drogas, verificar se o agente faz jus aos benefícios despenalizadores previstos na lei 9.099/95 (art. 383, § 1º e 2º do CPP).

§ 3º Caso não verificada a hipótese do parágrafo anterior, analisar se o agente ficou preso cautelarmente por tempo superior à medida imposta na sentença e requerer a extinção da punibilidade pela detração⁷¹⁹.

⁷¹² TJMG; Apelação nº 1.0479.13.00.4207-6/001.

⁷¹³ TJMG; Apelação nº 1.0071.13.005781-4/001.

⁷¹⁴ Portaria nº 344 da Anvisa.

⁷¹⁵ TJRS – AC69.300.827-8; TACRIM-SP – AC196.517; TJMG: Apelação nº 1.0024.06.002422-1/001.

⁷¹⁶ Exemplo: embalagens de chup-chup e pinos vazios.

⁷¹⁷ Exemplo: isqueiro, seda e cachimbo.

⁷¹⁸ STF – HC 107448.

⁷¹⁹ TJMG; Apelação nº 1.0672.14.013141-4\001.



SEÇÃO III
DO TRÁFICO EQUIPARADO⁷²⁰

Art. 497. São formas subsidiárias que tem aplicação quando a conduta não se subsume ao *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06.

Parágrafo único. Quando as condutas forem praticadas no mesmo contexto daquelas previstas no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06, haverá crime único⁷²¹.

SEÇÃO IV
DO USO COMPARTILHADO⁷²²

Art. 498. O tipo penal resta configurado quando:

- I – a conduta for eventual;
- II – a conduta não objetivar o lucro;
- III – envolver pessoa do relacionamento do agente;
- IV – o uso da substância for compartilhado.

Parágrafo único. A ausência de um dos requisitos faz incidir a norma prevista no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06.

SEÇÃO V
DO TRÁFICO DE MAQUINÁRIO⁷²³

Art. 499. Há necessidade de comprovar que o maquinário, aparelho e instrumentos serão utilizados para os fins mencionados no tipo penal.

Parágrafo único. O delito é absorvido pelo delito de tráfico de drogas quando praticado no mesmo contexto fático, desde que não caracterize uma violação distinta ao bem jurídico tutelado⁷²⁴.

⁷²⁰ Art. 33, §1 I a III da lei 11343/06.

⁷²¹ TJMG; Apelação nº 1.0701.07.176132-7/002 e nº 1.0363.13.000284-5/001.

⁷²² Art. 33, §3 da lei 11343/06

⁷²³ Art. 34 da Lei 11.343/06.

⁷²⁴ TJMG: Apelação nº 1.0145.13.063252-7/001; STJ Resp. 1.196.334 – PR.

SEÇÃO VI DA ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS⁷²⁵

Art. 500. Há necessidade de comprovar que os agentes estavam associados de forma estável e permanente para a prática do delito de tráfico de drogas, nos moldes de uma sociedade delitiva.

§ 1º O mero concurso de pessoas não subsume ao tipo penal^{726 727}.

§ 2º Não havendo prova de que o autor integre duas organizações criminosas, uma voltada para a prática do tráfico de drogas e outra para cometer delitos diversos, a condenação simultânea nas penas do art. 35 da Lei 11.343/06 e art. 288 do CP configura *bis in idem*⁷²⁸.

SEÇÃO VII DO INFORMANTE PARA O TRÁFICO DE DROGAS⁷²⁹

Art. 501. O legislador concedeu um tratamento diferenciado àquele que somente atua como olheiro para o tráfico de drogas⁷³⁰.

§ 1º A conduta do informante tem de ser dirigida a um grupo, organização ou associação destinados ao tráfico de drogas. Não há crime quando tais elementares não forem comprovadas ou quando a atuação do informante for dirigida a traficante individual^{731 e 732}.

§ 2º Cuida-se de um delito subsidiário, de modo que o autor responderá por este delito autônomo quando não houver prova do seu envolvimento em delito mais grave⁷³³.

CAPITULO II DAS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Art. 502. A causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 tem por objetivo dar um tratamento diferenciado ao traficante principiante.

⁷²⁵ Art. 35 da Lei 11.343/06.

⁷²⁶ STJ: HC 212000; HC270837; TJMG Apelação nº 1.0570.14.000875-8/001; 1.0528.13.001756-9/001.

⁷²⁷ MARCÃO, Renato; Tóxicos; p. 281.

⁷²⁸ TJMG: Apelação nº 1.0027.14.006570-0/001; Apelação nº 1.0231.11.009103-1/001; Apelação nº 1.00231.10.003450-4/001.

⁷²⁹ Art. 37 da Lei 11.343/06.

⁷³⁰ Cuida-se de exceção à teoria monista.

⁷³¹ TJMG: Apelação nº 1.0024.12.346378-8/001; Apelação nº 1.0024.13.193720-3/001; Apelação nº 1.0024.13.268.744-3/001.

⁷³² THUMS Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 101.

⁷³³ STJ: HC 224.849.



§ 1º São requisitos para o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no *caput*:

I – primariedade;

II – bons antecedentes;

III – não se dedicar o agente à atividade criminosa;

IV – não integrar o agente organização criminosa.

§ 2º Compete ao Ministério Público comprovar que o acusado não faz jus à causa de diminuição de pena.

§ 3º Sobre o requisito do inciso III do §1º deste artigo:

I – há entendimento doutrinário de que a primariedade e bons antecedentes do agente, por si só, afastam a dedicação a atividade criminosa⁷³⁴;

II – ação penal em andamento e inquéritos penais não configuram dedicação à atividade criminosa^{735 e 736};

III – a prática de ato infracional não poder ser considerada para fins de dedicação à atividade criminosa⁷³⁷;

IV – a quantidade de droga por si só não permite afirmar que o agente se dedica à atividade criminosa⁷³⁸;

V – de outro lado, há entendimento de que qualquer elemento de convicção presente nos autos, como a quantidade de droga apreendida, relatório de investigação da polícia civil, depoimentos dos policiais militares, é suficiente para comprovar a dedicação à atividade criminosa⁷³⁹.

§ 4º A natureza e a quantidade de droga apreendida não podem ser utilizadas simultaneamente na primeira e terceira fases da fixação da pena, sob pena de caracterizar *bis in idem*⁷⁴⁰.

§ 5º A causa de diminuição de pena aplicada em patamar inferior a 2/3 (dois terços) deve ser fundamentada. A ausência de fundamentação importa na aplicação da minorante no patamar máximo⁷⁴¹.

⁷³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 361.

⁷³⁵ A Súmula 444 do STJ também embasa citado entendimento.

⁷³⁶ TJMG: Apelação nº 1.0290.09.075486-9/001; TJMG: Apelação nº 1.0026.09.040857-1/001.

⁷³⁷ TJMG: Apelação nº 1.0054.13.000567-8/001; STJ: HC 249.015/SP; TJMG: Apelação nº 1.0105.08.249287-4/001.

⁷³⁸ TJMG: Apelação nº 1.0024.11.123660-0/001; Embargos de declaração nº 1.0362.10.006608-7/002.

⁷³⁹ TJMG: Apelação nº 1.0024.12.139166-8/001.

⁷⁴⁰ STF: RHC 117990; STF – HC 108.513/RS; TJMG, Apelação nº 1.0518.11.002775-3/001.

⁷⁴¹ STJ: HC 260934/RJ; HC 298189/SP; TJMG: Apelação nº 1.0290.09.071061-4/001; Apelação nº 1.0042.09.029559-5/001.

Art. 503. Nos delitos de tráfico é possível a fixação do regime diverso do inicialmente fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos^{742 743 744 745}.

Art. 504. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 46 da lei 11.343/2006 em seu grau inferior ao máximo exige fundamentação⁷⁴⁶.

CAPITULO III DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

Art. 505. As causas especiais de aumento de pena estão dispostas taxativamente no art. 40 da lei 11.343/06⁷⁴⁷.

§ 1º Sobre a causa especial de aumento de pena previsto no art. 40, III da Lei 11.343/06:

I – a jurisprudência é divergente acerca da imprescindibilidade de se comprovar que o tráfico de drogas era dirigido aos frequentadores dos locais mencionados⁷⁴⁸;

II – bares não se subsumem aos locais mencionados⁷⁴⁹;

III – não incide a causa de aumento de pena quando o local já for previamente conhecido como ponto de tráfico de drogas⁷⁵⁰;

IV – a mera utilização do transporte público para o carregamento do entorpecente, de forma oculta e sem objetivo de disseminá-la entre os passageiros, não é suficiente para aplicação da causa de aumento⁷⁵¹.

§ 2º Sobre a causa especial de aumento de pena previsto no art. 40, IV da Lei 11.343/06:

I – a majorante do emprego da arma de fogo somente tem aplicação quando for o meio de intimidação difuso ou coletivo utilizado para o cometimento do tráfico de drogas;

II – quando a arma de fogo não estiver diretamente relacionada com o tráfico de drogas – inexistência de nexos finalístico – o agente responderá pelos crimes do estatuto do desarmamento⁷⁵².

⁷⁴² STF: HC 97256.

⁷⁴³ O Senado Federal suspendeu, por meio da Resolução nº 5/2012, a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, do §4º do artigo 33 da lei de drogas.

⁷⁴⁴ TJMG: Incidente de uniformização de jurisprudência nº 1.0145.09.558174-3/003.

⁷⁴⁵ STF: HC 111840/ES; STJ: HC 308146/MG.

⁷⁴⁶ STJ:HC 167.376-SP.

⁷⁴⁷ TJMG: Apelação nº 1.0024.11.265325-8/001.

⁷⁴⁸ STJ:HC 236628/SP; TJMG: Apelação nº 1.0686.14.009262-4/001;Apelação nº 1.0386.13.001806-5001;Apelação nº 1.005613.013764-1/001.

⁷⁴⁹ TJMG: Apelação nº 1.0024.11.221794-8/001; Apelação nº 1.0024.12.054285-7/001; Apelação nº 1.0024.11.221794-8/001.

⁷⁵⁰ TJMG: Apelação nº 1.0024.12.085022-7/001.

⁷⁵¹ STF:HC 109.538;TJMG: Apelação nº 1.0686.14.009262-4/001.

⁷⁵² STJ: HC 182.359/RJ; STJ: HC 143.685/RJ.



§ 3º Sobre a causa especial de aumento de pena previsto no art. 40, V da Lei 11.343/06, exige-se comprovação de que a droga é oriunda de outro estado da federação ou do distrito federal⁷⁵³.

§ 4º Sobre a causa especial de aumento de pena previsto no art. 40, VI da Lei 11.343/06:

I – a menoridade deve ser comprovada por certidão de nascimento⁷⁵⁴;

II – quando restar comprovado que o menor já tinha envolvimento com o tráfico de droga, não se aplica a causa de aumento⁷⁵⁵;

III – em razão do princípio da especialidade, a causa de aumento prevista no art. 40, VI, afasta a aplicação do art. 244 do ECA,⁷⁵⁶ sob pena de caracterizar *bis in idem*⁷⁵⁷.

CAPITULO IV DO PROCEDIMENTO

Art. 506. Ao apresentar a defesa prévia do art. 55 da lei 11.343/06, recomenda-se pedir a aplicação analógica do art. 400 do CPP, para que o interrogatório seja realizado ao final da

instrução processual, assim como requerer o exame de dependência toxicológico, para fins de aplicação dos arts. 45 e 46 da lei de tóxicos⁷⁵⁸.

Parágrafo único. Ao arrolar testemunhas de conduta (referência), privilegiar pessoas que sejam vizinhas do agente e que possam relatar sobre sua condição de dependente químico (se for o caso), laborativa e não envolvimento com a criminalidade local, a fim de contrariar eventual prova de que se dedica a atividade criminosa.

Art. 507. Na audiência, avaliar a conveniência de desistir ou reiterar o pedido do exame de dependência toxicológica, caso o acusado seja dependente químico e tal exame tenha sido requerido em sede de defesa prévia.

Parágrafo único. Havendo redesignação da audiência sem culpa da defesa, necessário analisar o tempo que o agente se encontra acautelado em razão de prisão preventiva e, caso o prazo ultrapasse 180 (cento e oitenta) dias, fazer o pedido de relaxamento da prisão por excesso de prazo na formação da culpa.

⁷⁵³ TJMG: Apelação nº 1.0024.13.279295-3/001; Apelação nº 1.0024.12.235971-4/001.

⁷⁵⁴ STF:RHC 119.649/TJMG; Apelação 1.0024.08.007219-2/0010; Súmula 74 STJ: Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

⁷⁵⁵ TJMG: Apelação nº 1.0231.08.111.155-2/001; Apelação nº 1.0231.07.088027-4/001.

⁷⁵⁶ TJMG: Apelação nº 1.0382.14.006952-9/001.

⁷⁵⁷ TJMG: Apelação Criminal nº 1.0034.11.002465-9/001; Apelação nº 1.0034.11.002307-3/001.

⁷⁵⁸ Os Tribunais Superiores ainda não admitem a inversão do procedimento da lei de drogas, ao argumento de que se trata de lei especial. Todavia, o STF já admitiu a inversão do rito nos procedimentos originários: STF, AP 528 AgR / DF. Em Minas Gerais, destaca-se o voto vencido Desembargador Alexandre Victor Carvalho na Apelação nº [1.0024.11.176419-7/001](#).

Parte Segunda: LIVRO IX – Da Atuação em Matéria Criminal
11.4

TÍTULO IV DA ATUAÇÃO NA LEI 8.137/90

CAPÍTULO ÚNICO DO CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO DO ART. 7º, VII, DA LEI 8.137/90

Art. 508. Sugere-se ao defensor público observar:

I – se a denúncia descreve de maneira pormenorizada a conduta imputada, indicando se o agente era vendedor, gerente, sócio da empresa, auxiliar administrativo ou se os valores foram depositados em sua conta bancária;

II – a existência de anúncio publicitário impresso que indique a liberação imediata do crédito, seja via *internet*, jornal de grande circulação, revista ou telemarketing, sendo que, ausente prova do referido anúncio, deve ser sustentada a tese de inexistência de materialidade delitiva;

III – se o número de telefone ou endereço estampado no anúncio publicitário coincide com o da empresa ou do agente que entabulou o negócio com a suposta vítima;

IV – se os termos do contrato de adesão assinado pela suposta vítima discriminam tratar-se de um contrato de consórcio e qual o prazo previsto para a liberação do crédito⁷⁵⁹.

Art. 509. Caso o agente figure como sócio da empresa, deve-se atentar para as seguintes situações:

I – caso o agente alegue que seu nome foi inserido sem o seu conhecimento no contrato social, sugere-se requisitar à Junta Comercial os aludidos contratos sociais em que aquele figure como sócio, bem como seja o documento submetido a exame grafotécnico para averiguar a autenticidade da assinatura⁷⁶⁰;

II – caso o agente figure no contrato social, verificar a presença do requisito subjetivo elementar à constituição da sociedade (*affectio societatis*), eis que não raras vezes o mesmo é detentor de apenas 1% (um por cento) das cotas sociais;

III – se a natureza jurídica da empresa da qual o agente consta em seu contrato social tratar-se de cooperativa, deve-se remeter ao conceito desta, estampado no art. 3º da Lei 5764/71.

⁷⁵⁹ TJMG – 3ª CCrim Apelação Criminal nº 1.0024.00.080506-9/001 – Rel. . Des. Antônio Armando Dos Anjos, *in* Dj. 29/04/09.

⁷⁶⁰ Nesta hipótese, recomenda-se colher a declaração do assistido, ou constar do termo de interrogatório a pergunta referente ao aludido requerimento.



Art. 510. Sugere-se ao defensor público observar todos os contratos sociais da empresa arquivados na Junta Comercial, bem como as certidões expedidas por esta.

Parágrafo único. Deve-se atentar para a data em que o negócio foi entabulado com a suposta vítima, bem como a data dos depósitos por esta efetuados, objetivando sua confrontação com os dados da Junta Comercial.

Art. 511. Sugere-se verificar se o nome do agente foi mencionado pelas supostas vítimas ou pelos funcionários da empresa.

Art. 512. Sendo imputados ao agente concomitantemente os delitos dos artigos 7º, inciso VII, da Lei 8.137/90 e 171, do CP, tendo em conta o aparente conflito de normas, deve-se pleitear pela aplicação do princípio da especialidade⁷⁶¹, prevalecendo apenas uma imputação.

Art. 513. Deve-se observar que o tipo penal secundário dispõe ser alternativamente cominada a pena de multa, devendo ser fundamentado pelo magistrado o motivo de sua não aplicação.

Art. 514. No que tange à análise da circunstância judicial das consequências do crime em que se leva em conta o prejuízo material da vítima ou o fato desta ter sido ludibriada, a mesma não pode ser confundida com a consequência natural do ilícito, sob pena de ocorrência de *bis in idem*⁷⁶².

⁷⁶¹ TJMG – 5ª CCrim Apelação Criminal nº 1.0024.01.089354-3/001 – Re. Des. Hécio Valentim, *in* J. 19/02/2008.

⁷⁶² TJSC – Quarta CCrim Apelação Criminal 20110226990 SC 2011.022699-0 -Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, *in* DJE. 16/09/13.

Parte Segunda: LIVRO IX – Da Atuação em Matéria Criminal
11.5

TÍTULO V DA ATUAÇÃO NA LEI 10.826/03

CAPÍTULO ÚNICO DOS CRIMES EM ESPÉCIE NA LEI 10.826/03

Art. 515. Ao se deparar com acusações de porte/posse de arma ou munições de uso permitido ou restrito, sugere-se ao defensor público:

I – verificar o laudo de eficiência e prestabilidade das armas/munições apreendidas:

a) na hipótese de ineficiência da arma/munições ou apreensão de réplica, deve-se requerer, de pronto, a absolvição sumária em razão da atipicidade material da conduta⁷⁶³;

b) na hipótese de imputação pelo porte/posse de arma raspada (art. 16 da Lei 10.826/03), verificar se o laudo certifica se o número de série foi objeto de raspagem. Caso esteja apagado pelo desgaste ou decurso de tempo, requerer a alteração da capitulação jurídica para o art. 14 do mesmo diploma;

c) se a arma foi realmente raspada, é possível a visualização, em alguns casos, do número de série, possibilitando a desclassificação para o art. 14 da Lei 10.826/03, através do requerimento de exame químico-metalográfico⁷⁶⁴;

d) alegar falta de prova da materialidade do crime⁷⁶⁵ quando ausente o laudo.

II – alegar que o porte/posse de arma desmuniada ou somente de munições configura atipicidade material da conduta por ausência de lesividade. Esta tese também se aplica ao caso de porte simultâneo de arma e munições de calibres diferentes⁷⁶⁶;

⁷⁶³ STJ, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 397.473 – DF, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 19/08/2014.

TJMG, 3ª Câmara Criminal, Ap. 1.0071.13.003456-5/001, Relator: Des.(a) Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento 15/07/2014, Data da Publicação 22/07/2014.

⁷⁶⁴ TJRS, 3ª Câmara Criminal, Ap. nº 70054544473 / nº CNJ: 0179074-53.2013.8.21.7000, Relator: Des.(a) João Batista Marques Tovo, Data de Julgamento 21/08/2014.

⁷⁶⁵ TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. 1.0103.12.001885-0/001, Relator: Des.(a) Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento 04/11/2014, Data de Publicação 13/11/2014.

TJMG, 7ª Câmara Criminal, Ap. 1.0105.13.039950-1/001, Relator: Des.(a) Cássio Salomé, Data de Julgamento 30/10/2014, Data de Publicação 07/11/2014.

⁷⁶⁶ TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.11.177080-6/001, Relator: Des.(a) Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento 13/08/2014, Data da Publicação 19/08/2014.

TJMG, 3ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.12.195952-2/001, Relator: Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, Data de Julgamento 06/05/2014, Data de Publicação 16/05/2015.

TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.11.302439-2/001, Relator: Des.(a) Eduardo Brum, Data de Julgamento 28/05/2014, Data da Publicação 03/06/2014.



III – requerer a aplicação do princípio da consunção nos seguintes casos, desde que a apreensão de armas e/ou munições seja feita no mesmo contexto fático:

a) armas e munições de mesmo calibre ou calibre diferentes: crime único;

b) duas ou mais armas (ou munições) de uso permitido: crime único;

c) duas ou mais armas (ou munições) de uso restrito: crime único;

d) duas armas (ou munições), sendo uma de uso permitido e uma de uso restrito: prevalece o crime mais grave⁷⁶⁷.

IV – caso o agente justifique o porte de arma diante de ameaças sofridas, atentar para a causa supralegal de exclusão da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. Para tanto, necessária a juntada de boletim de ocorrência acerca da ameaça, bem como depoimentos de testemunhas que conheçam a situação de ameaça sofrida⁷⁶⁸;

V – na hipótese de porte de arma por guarda municipal ou agente penitenciário, requerer a absolvição sumária com base nas Leis 12.993/14 e 13.022/14. Para os fatos ocorridos antes da entrada em vigor das referidas leis, invocar os princípios da *novatio legis in melius* e da retroatividade penal⁷⁶⁹;

VI – na hipótese de imputação de posse de arma com registro vencido, invocar o caráter subsidiário do Direito Penal e pleitear absolvição por ausência de justa causa, demonstrando que a punição administrativa se revela suficiente⁷⁷⁰;

VII – na hipótese de imputação de posse de arma, atentar para a data do fato com o fim de requerer a *abolitio criminis* temporária⁷⁷¹:

⁷⁶⁷ TJMG, 7ª Câmara Criminal, Ap. 1.0433.14.002740-3/001, Relator: Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, Data de Julgamento 12/02/2015, Data da Publicação 27/02/2015.

TJMG, 3ª Câmara Criminal, Ap. 1.0439.08.086539-7/001, Relator: Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, Data de Julgamento 05/08/2014, Data da Publicação 13/08/2014.

TJMG, 1ª Câmara Criminal, Ap. 1.0512.08.059700-2/001, Relator: Des.(a) Silas Vieira, Data de Julgamento 27/01/2015, Data da Publicação 06/02/2015.

⁷⁶⁸ TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. 1.0625.12.011698-7/001, Relator: Des.(a) Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento 06/08/2014, Data da Publicação 13/08/2014.

TJRS, 4ª Câmara Criminal, Ap. 70058579137, Relator: Des.(a) Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento 05/06/2014, Data da Publicação 16/06/2014.

⁷⁶⁹ TJMG, 7ª Câmara Criminal, Ap. 1.0396.09.046040-5/001, Relator: Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento 13/11/2014, Data da Publicação 21/11/2014.

TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.12.326359-2/001, Relator: Des.(a) Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento 28/10/2014, Data da Publicação 04/11/2014.

⁷⁷⁰ STJ, HC nº 294.078 – SP, Relator: Min. Marco Aurélio Belizze, Data de Julgamento: 26/08/2014.

⁷⁷¹ PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 9.437/1997. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. ACÓRDÃO A QUO QUE MANTEVE A APLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO QUE GUARDA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. 1. Este Tribunal sufragou o entendimento de que a vacatio legis estabelecida pelos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003, para a regularização das armas dos seus proprietários e possuidores, é reconhecida hipótese de abolitio criminis temporalis e aplica-se retroativamente aos delitos de posse de arma praticados sob a vigência da Lei n. 9.437/1997. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 310.823 – DF, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 18/06/2014) >>

a) para as armas com número de série suprimido, o STJ sumulou a questão delimitando a *abolitio criminis* para os fatos ocorridos até 23/10/2005⁷⁷²;

b) para as armas de uso permitido, a *abolitio criminis* se dá até a data de 31/12/2009.

Art. 516. Em caso de imputação por disparo de arma de fogo:

I – negada a ocorrência do disparo, requerer os seguintes exames:

a) recenticidade do disparo;

b) exame residuográfico nas mãos do assistido.

II – assumida a autoria do disparo, verificar se a motivação é compatível com excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, sendo comuns as alegações de legítima defesa ou de inexigibilidade de conduta diversa⁷⁷³;

III – na hipótese de imputação por porte/posse de arma e disparo, requerer a aplicação do princípio da consunção⁷⁷⁴.

>> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO HÍGIDA. ABOLITIO CRIMINIS. OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do habeas corpus, valorizando a lógica do sistema recursal. In casu, o habeas corpus impetrado é substitutivo de recurso especial, o que não se afigura possível. 2. A Sexta Turma, a partir do julgamento do HC nº 188.278/RJ, passou a entender que a *abolitio criminis*, para a posse de armas e munições de uso permitido, restrito, proibido ou com numeração raspada, tem como data final o dia 23 de outubro de 2005. 3. Dessa data até 31 de dezembro de 2009, somente as armas e munições de uso permitido (com numeração hígida) e, pois, registráveis, é que estiveram abarcadas pela *abolitio criminis*. 4. No caso concreto, a benesse legal há de ser reconhecida porque o paciente foi flagrado, em 24 de novembro de 2005, por possuir e guardar uma arma de fogo de uso permitido, com numeração hígida, fato a ensejar a exclusão do crime (*abolitio criminis* temporária). 5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para decotar a condenação pela posse de uso de arma de fogo permitida. (STJ, HC nº 264.290 – SP, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 25/03/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. OCORRÊNCIA. CONDUTA PRATICADA ANTES DE 31.12.2009. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. – Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. – Na hipótese dos autos, verificando-se que se trata do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, posse ilegal de munição de uso permitido, ocorrido em 18.7.2007, portanto dentro do período da *vacatio legis* indireta, resta configurada a atipicidade da conduta, em razão *abolitio criminis* temporária inaugurada pelos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 e prorrogados até 31.12.2009 pela Lei n. 11.922/2009. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para extinguir a punibilidade do paciente em relação ao crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003. (STJ, HC nº 262.407 – RJ, Relatora: Min. Marilza Maynard, Data de Julgamento: 25/02/2014)

⁷⁷² Súmula 513 do STJ – Data da Publicação DJe: 16/06/2014.

⁷⁷³ TJRS, 3ª Câmara Criminal, Ap. 70054607353, Relator: Des.(a) Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento 10/07/2014, Data da Publicação 07/08/2014.

TJPR, 2ª Câmara Criminal, Ap. 1242440-9 – Curitiba, Relator: Des.(a) Roberto Antônio Massaro, Data de Julgamento 11/12/2014, Data da Publicação 23/01/2015.

⁷⁷⁴ TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. 1.0106.12.003832-3/001, Relator: Des.(a) Doorgal Andrada, Data de Julgamento 28/05/2014, Data da Publicação 06/03/2014.

STF, HC. 111488/MG, Relator: Min. Luiz Fux, DJe nº 075 Divulgação 22/04/2015, Publicação 23/04/2015.



Parte Segunda: LIVRO IX – Da Atuação em Matéria Criminal
11.6

TÍTULO VI DA ATUAÇÃO NA LEI 9.503/97 ⁷⁷⁵

CAPÍTULO I DOS CRIMES EM ESPÉCIE NA LEI 9.503/97

SEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS AOS CRIMES DOS ARTS. 302 E 303

Art. 517. Nos crimes culposos de trânsito, a alegação de inépcia da denúncia é muito comum quanto à diferença entre as modalidades de culpa.

Parágrafo único. Como o legislador brasileiro distinguiu as modalidades em imprudência, negligência ou imperícia, o Ministério Público deve esclarecer, na denúncia, em qual modalidade o assistido incorreu, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva⁷⁷⁶.

Art. 518. Ainda quanto às modalidades de culpa, no mérito da diferenciação entre a imprudência, negligência e imperícia, deve o defensor público se atentar para o interrogatório do acusado e depoimentos de testemunhas^{777 778}.

Art. 519. Na busca de provas favoráveis, o defensor público pode requerer o registro de infrações do assistido condutor junto ao Detran, demonstrando que é um motorista diligente. **Parágrafo único.** Ressalte-se que, se o agente não for habilitado, a simples ausência de habilitação, por si só, não configura imperícia⁷⁷⁹.

Art. 520. O defensor público deve verificar a existência de laudos e de documentação médica compatíveis, que comprovem a materialidade do delito, a saber:

⁷⁷⁵ Código de Trânsito Brasileiro.

⁷⁷⁶ STJ, HC nº 44.320- BA, Relatora: Min. Laurita Vaz, Data de Julgamento: 18/06/2014. TJMG, 02ª Câmara Criminal, Ap. 1.0000.14.024254-6/000, Relatora: Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento 15/05/2014, Data de Publicação 26/05/2014

⁷⁷⁷ Ex: em caso de imputação por imperícia, demonstrar a habilidade do assistido para conduzir o veículo e para tentar contornar as consequências do acidente, como frenagem, controle do veículo etc.

⁷⁷⁸ TJMG, 02ª Câmara Criminal, Ap. 1.0145.06.299624-7/001, Relator: Des.(a) Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento 18/12/2014, Data de Publicação 21/01/2015 / TJMG, 07ª Câmara Criminal, Ap. 1.0713.10.004489-8/001, Relator: Des.(a) Sálvio Chaves, Data de Julgamento 12/03/2015, Data da Publicação 20/03/2015.

⁷⁷⁹ Apelação Criminal 1.0351.04.025665-0/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/09/2013, publicação da súmula em 30/09/2013.

I – exame de corpo de delito, direto ou indireto, atestando a lesão, no caso do art. 303 do CTB. Para o art. 302 do CTB, necessário ainda o relatório de necropsia, retratando a *causa mortis*⁷⁸⁰;

II – em caso de lesão que gera incapacidade para as atividades habituais, necessário o laudo complementar após 30 (trinta) dias do ocorrido;

III – documentação médica de entrada da vítima no hospital;

IV – exame de teor alcoólico ou toxicológico da vítima;

V – laudo do levantamento pericial de acidente de trânsito, com todas as características do local, do veículo, e possíveis conclusões acerca da dinâmica do acidente⁷⁸¹.

Art. 521. Considerando a estrutura do delito culposo, o defensor público deve se orientar, na defesa de mérito, para a prova da ausência dos requisitos que o compõem, quais sejam:

I – inobservância do dever objetivo de cuidado;

II – produção de um resultado naturalístico enexo causal;

III – previsibilidade objetiva do resultado;

IV – conexão interna entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado.

Art. 522. Argumento frequentemente utilizado pela acusação é o excesso de velocidade, que determinaria uma inobservância do dever objetivo de cuidado, por parte do condutor.

Parágrafo único. No que pertine à velocidade desenvolvida pelo condutor, deve o defensor público observar:

I – velocidade apontada no tacógrafo, se houver;

II – valor apontado no laudo do levantamento pericial de acidente de trânsito⁷⁸²;

III – depoimentos de testemunhas a respeito da velocidade presumida desenvolvida pelo condutor⁷⁸³;

IV – para contraditar os depoimentos desfavoráveis das testemunhas, com relação à velocidade realmente desenvolvida pelo condutor, interessante relembrar 02 (duas) simples fórmulas da física, considerando as velocidades inicial e final do veículo, a distância percorrida, o tempo de percurso e aceleração empregada para se chegar à velocidade média em determinado

⁷⁸⁰ TJMG, 04ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.07.519875-4/001, Relator: Des.(a) Eduardo Brum, Data de Julgamento 22/08/2012, Data de Publicação 29/08/2012 / TJPB, 03ª Câmara Criminal, Ap. 2013.3.023009-0, Relator: Des.(a) Paulo Gomes Jussara Júnio, Data de Julgamento 01/08/2014

⁷⁸¹ Ao final, o perito certifica se o laudo é ou não conclusivo acerca da culpa do assistido pelo acidente, o que pode reforçar a tese de absolvição.

⁷⁸² TJMG, 02ª Câmara Criminal, Ap. 1.0183.05.098289-5/001, Relator: Des.(a) Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento 24/04/2014, Data de Publicação 09/05/2014

⁷⁸³ Não obstante serem muito subjetivos, podem ser favoráveis ao assistido.



ponto^{784 785}.

Art. 523. Ainda que o condutor esteja dirigindo em excesso de velocidade, necessário verificar se a conduta empregada incrementou o risco da ocorrência do resultado lesivo⁷⁸⁶.

Parágrafo único. Se não houve o incremento do risco, o defensor público deve pugnar pela absolvição, uma vez que não se pode imputar ao agente um resultado se este não incrementou o risco de sua ocorrência, mesmo na hipótese de excesso de velocidade⁷⁸⁷.

Art. 524. Dentro da vertente da teoria da imputação objetiva, o defensor público deve verificar se a conduta do assistido criou um risco não existente anteriormente⁷⁸⁸.

§ 1º São exemplos de situações em que inexistente criação de risco não permitido pelo condutor:

I – motorista dirige com todo cuidado e com observância das regras de trânsito. Dia muito chuvoso. Perde a direção do veículo e vem a colidir com outro carro, causando a morte do outro condutor;

II – pedestre que se joga subitamente na frente do veículo;

III – condutor que avança um sinal vermelho, mas só vem a atropelar uma pessoa a uma distância longa do sinal avançado.

§ 2º Na hipótese de ausência de criação do risco, requerer a absolvição.

Art. 525. Nos casos em que o defensor público alegar culpa exclusiva da vítima, além de reforçar a observância, pelo condutor, de todas as regras de trânsito, sugere-se que verifique as condições de saúde da vítima no momento do acidente.

Parágrafo único. Importante, por exemplo, a verificação do exame de teor alcoólico da vítima e existência de alguma doença mental. Para tanto, observar os laudos e o questionamento às testemunhas parentes ou amigos da vítima, sempre arrolados pela acusação⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ Como exemplo, pode-se dizer que um veículo que alcança 100 km/h em 10 segundos, possui aceleração de 35.971 km/h²:

$$V_i = V_0 + a.t$$

$$100 = 0 + a.0,00278 (= 10 \text{ segundos})$$

$$a = 35.971 \text{ Km/h}^2$$

*Onde “V_i” é velocidade final, “V₀” é velocidade inicial, “a” é aceleração, “d” é a distância e “t” é o tempo.

⁷⁸⁵ Para alcançar a velocidade de 40 Km/h, em uma distância de 20 metros, o acusado deveria ter imprimido aceleração de 40.000 Km/h².

$$V_i = V_0 + 2.a.d$$

$$40^2 = 0^2 + 2.a.0,02$$

$$a = 40.000 \text{ Km/h}^2$$

⁷⁸⁶ Princípio do Incremento do Risco – Elaborado por Claus Roxin – Aplicação da Teoria da Imputação Objetiva.

⁷⁸⁷ TJMG, 05ª Câmara Criminal, Ap. 1.0344.03.009847-1/001, Relator: Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, Data de Julgamento 11/03/2008, Data da Publicação 29/03/2008

⁷⁸⁸ Criação de risco não permitido.

⁷⁸⁹ TJMG, 04ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.09.666853-8/001, Relator: Des.(a) Eduardo Brum, Data de Julgamento 10/02/2015, Data de Publicação 25/02/2015 / TJMG, 01ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.10.208232-8/001, Relator: Des.(a) Flávio Leite, Data de Julgamento 25/02/2014, Data de Publicação 07/03/2014 / TJMG, 04ª Câmara Criminal, Ap. 1.0386.07.006406-1/001, Relator: Des.(a) Eduardo Brum, Data de Julgamento 23/07/2014, Data de Publicação 29/07/2014.

Art. 526. A aplicação do princípio da confiança⁷⁹⁰ é muito utilizada nas teses absolutórias de delitos de trânsito como forma de exclusão da imputação do resultado, não podendo ser responsabilizado aquele que atua conforme o cuidado que lhe é objetivamente exigido⁷⁹¹.

Parágrafo único. Um exemplo corriqueiro é o daquele condutor que dirige com o dever objetivo de cuidado, muito embora esteja dirigindo sob efeito de álcool. Num cruzamento preferencial, observa a sua preferência, mas colide com outro veículo que não observou a regra de trânsito. Não obstante esteja sob o efeito de álcool, pode ser aplicado o princípio da confiança para excluir a imputação de lesão ou homicídio, restando apenas a imputação pelo art. 306 do CTB⁷⁹².

Art. 527. Para os casos de atropelamento de pedestres, calcado no princípio da confiança e na culpa exclusiva da vítima, o defensor público deve se valer do artigo 69 do CTB, que traz as precauções que o pedestre deve ter ao cruzar pistas de rolamento⁷⁹³.

Art. 528. Na verificação do nexo de causalidade, o defensor público deve analisar:

I – se a conduta humana narrada pela acusação foi realmente causa do resultado naturalístico morte ou lesão⁷⁹⁴;

II – a possibilidade de exclusão do nexo de causalidade, através do juízo hipotético de eliminação de concausas relativamente ou absolutamente independentes (art. 13, §1º do CP)⁷⁹⁵;

III – no que tange à infecção hospitalar, há divergência na doutrina se ela insere na linha de desdobramento físico natural da conduta ou se é um desvio dessa cadeia causal. A maioria entende que a infecção hospitalar é um desdobramento causal natural do acidente. O defensor público deve argumentar a questão considerando o tempo de internação, o tipo de bactéria que acometeu a pessoa, se a pessoa teve alta após a primeira internação e se houve reinternação, se o pronto atendimento ao lesionado foi eficiente ou se houve demora no atendimento;

IV – sob o aspecto da teoria da imputação objetiva, que limita o alcance da teoria da equivalência dos antecedentes causais, não basta que o resultado tenha sido produzido pelo agente e que haja o nexo causal. Assim, o defensor público deve observar se a conduta do

⁷⁹⁰ Gunther Jakobs.

⁷⁹¹ Se o agente se comporta de maneira adequada no trânsito, ele confia que os demais motoristas ou pedestres também se comportarão.

⁷⁹² Dirigir embriagado.

⁷⁹³ TJMG, 05ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.08.240393-2/001, Relator: Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, Data de Julgamento 30/08/2011, Data de Publicação 12/09/2011.

⁷⁹⁴ Considerando que o Código Penal Brasileiro adota a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais em seu art. 13, caput (Conditio sine qua non), deve ela ser o ponto de partida para essa análise, necessitando, porém, ser complementada por critérios jurídicos de imputação do resultado.

⁷⁹⁵ São muito comuns as concausas supervenientes relativamente independentes (infecção hospitalar adquirida após internação decorrente de acidente de trânsito; ministrar medicamento incorreto após a internação que leva à morte etc.)



agente criou um risco juridicamente relevante para a ocorrência daquele resultado^{796 797};

V – a verificação do nexo de causalidade, devendo o condutor responder apenas pelos fatos anteriores a que tenha dado causa.

Art. 529. No caso de imputação conjunta pelos delitos previstos nos arts. 302 ou 303 (homicídio ou lesão corporal culposa) e art. 309 (dirigir inabilitado), todos do CTB, o primeiro absorve o segundo, uma vez que o delito de dano é mais grave.

Parágrafo único. O princípio da consunção também deve ser invocado pelo defensor público para os casos de imputação conjunta com o art. 304 do CTB, sendo este último a omissão de socorro.

Art. 530. Com o fim de decotar as causas de aumento previstas no §1º do art. 302 do CTB (alterado pela Lei n. 12.791/14), e que também valem para o art. 303 do CTB, deve o defensor público observar o que se segue:

I – art. 302, I – para incidir essa causa de aumento deve ter sido feita consulta ao órgão de trânsito quanto à falta de habilitação do acusado (materialidade da conduta), não bastando a simples confissão do assistido de que é inabilitado; além disso, não incide no caso de o assistido ser habilitado, mas estar sem o documento no momento do acidente, sob pena de analogia *in malam partem*;

II – art. 302, II – verificar se a faixa de pedestres estava realmente visível e sinalizada, questionando o fato às testemunhas arroladas;

III – art. 302, III – não incide a causa de aumento se houver risco à integridade pessoal do condutor, como por exemplo, linchamento público⁷⁹⁸ e, obviamente, nos casos em que a vítima morre instantaneamente;

IV – art. 302, IV – o condutor não pode ser punido simplesmente por ser motorista, devendo ter incorrido em uma das modalidades de culpa, com inobservância de regra técnica de sua profissão. O defensor público deve ainda questionar a incidência dessa causa de aumento quando o veículo, muito embora utilizado para o transporte de passageiros, estiver sem passageiros⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ Exemplo: o risco existente em um atropelamento que causa uma lesão simples, por exemplo, não pode ser imputado ao assistido se o médico que atendeu a pessoa lesionada, praticou um erro médico e criou outro risco totalmente diverso do anterior.

⁷⁹⁷ TJMG, 05ª Câmara Criminal, Ap. 1.0611.03.003222-5/001, Relator: Des.(a) Hélcio Valentim, Data de Julgamento 04/07/2006, Data de Publicação 28/07/2006 / TJMG, 03ª Câmara Criminal, Ap. 1.0701.01.002079-3/001, Relator: Des.(a) Paulo César Dias, Data de Julgamento 10/06/2008, Data de Publicação 01/08/2008.

⁷⁹⁸ Estado de necessidade.

⁷⁹⁹ TJRS, 03ª Câmara Criminal, Ap. 70045906153, Relator: Des.(a) Francesco Conti, Data de Julgamento 14/12/2011.

SEÇÃO II

DA LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR⁸⁰⁰

Art. 531. O defensor público deve se atentar para a necessidade de realização de audiência preliminar para a composição dos danos civis:

- I** – feito acordo, resta extinta a punibilidade do assistido;
- II** – não havendo acordo, a vítima oferece representação e o Ministério Público pode propor a transação penal com aplicação de pena restritiva de direitos ou multa;
- III** – cabível suspensão condicional do processo.

Art. 532. Nas hipóteses do art. 291, §1º do CTB⁸⁰¹:

- I** – não é realizada audiência de conciliação para composição civil de danos;
- II** – a representação da vítima não é condição para a ação penal (art. 88 lei 9099/95);
- III** – incabível transação penal;
- IV** – cabível a suspensão condicional do processo.

Art. 533. O defensor público deve estar atento para a prova da materialidade nos incisos I e III do art. 291, §1º, a saber:

I – art. 291 §1º, I – a materialidade somente pode ser comprovada por prova pericial, não podendo ser suprimida por prova testemunhal:

a) para o caso de assistido sob efeito de álcool, a aferição da dosagem deve ser realizada por teste do etilômetro ou exame de sangue, demonstrando concentração igual ou superior a 06 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue (em razão da atual redação do art. 306 do CTB);

b) a alteração psicofísica do motorista pelo consumo de drogas deve ser aferida por exame de sangue ou urina.

II – art. 291, §1º, III – a prova da materialidade do inciso III somente pode ser pericial, considerando a necessidade de precisão, comprovando que a velocidade desenvolvida pelo condutor é superior à permitida para a via em 50 (cinquenta) km/h.

⁸⁰⁰ Art. 303 do CTB.

⁸⁰¹ § 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.705, de 2008)

I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)



SEÇÃO III DA DIREÇÃO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL⁸⁰²

Art. 534. Constatada a regularidade processual, o defensor público deve se atentar para o cabimento de suspensão condicional do processo.

Art. 535. No que pertine ao mérito, o defensor público deve verificar a data em que o delito ocorreu, considerando as diversas alterações legislativas:

I – para os fatos ocorridos desde a entrada em vigor do CTB até o advento da Lei 11.705/2008, necessária a existência cumulativa dos seguintes requisitos, sem os quais haverá absolvição por ausência de provas:

a) demonstração do perigo concreto de dano através de relatos de testemunhas comprovando a condução anormal do veículo automotor^{803 804}.

b) prova pericial atestando a embriaguez ou o uso de drogas mediante exame de sangue/urina, teste do etilômetro ou exame clínico;

c) nos casos em que o agente foi condenado com base somente no exame clínico, o defensor público, especialmente com atuação na execução penal, deve requerer a *abolitio criminis*, considerando que a Lei 11.705/2008 trouxe elementar nova⁸⁰⁵ ao tipo penal do art. 306 do CTB que deve retroagir, por força do princípio constitucional da retroatividade benéfica da lei penal, nos termos do art. 5º, XL, c/c art. 2º, parágrafo único do CP;

II – a Lei 11.705/08 alterou o art. 306 do Código de Trânsito, considerando a concentração de álcool por litro de sangue como elemento objetivo do tipo. Firmou-se ainda o entendimento predominante de que o crime do art. 306 do CTB passou a ser de perigo abstrato, não se exigindo prova da condução anormal do automotor. Assim, o defensor público deve observar:

a) exigibilidade de prova pericial atestando a embriaguez com concentração de álcool por litro de sangue igual ou acima do permitido na redação do art. 306 do CTB, sob pena de atipicidade da conduta⁸⁰⁶ e absolvição sumário do agente⁸⁰⁷;

b) retroatividade da lei penal benéfica (Lei 11.705/98) para abranger os casos anteriores a essa lei, nos quais a prova pericial atestou valor abaixo da concentração de álcool por litro de sangue exigida pela elementar objetiva do tipo.

⁸⁰² Art. 306 do CTB.

⁸⁰³ Direção perigosa, zigue-zague, avanço de sinal vermelho etc.

⁸⁰⁴ PENAL. RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO CONCRETO. POTENCIALIDADE LESIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. (STJ, REsp nº 608.078 – RS, Relator: Min. Felix Fischer, Data de Julgamento: 23/06/2004) / PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO CONCRETO. DEMONSTRAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. INOCORRÊNCIA. (STJ, REsp nº 515.526 – SP, Relator: Min. Felix Fischer, Data de Julgamento: 02/12/2003)

⁸⁰⁵ Quantidade específica de álcool por litro de sangue.

⁸⁰⁶ Princípio da Legalidade.

⁸⁰⁷ STJ, HC nº 251.468 – SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. Data de Julgamento: 11/02/2014 / STJ, REsp nº 1.111.566 – DF, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 14/12/2011.

III – a partir da Lei 12.760/12 até hoje, manteve-se o entendimento majoritário de que o crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato. A redação do art. 306 foi alterada para abarcar um número maior de casos e a prova da embriaguez é realizada através dos testes periciais acima mencionados e também pelo termo de constatação de embriaguez, lavrado pela autoridade competente:

a) para as imputações pelo art. 306, §1º, I do CTB – necessária a existência de exame pericial (sangue ou teste do etilômetro);

b) nas imputações pelo art. 306, §1º, II do CTB, no que tange à embriaguez por álcool, necessário o termo de constatação de embriaguez, lavrado pela autoridade competente, na forma disciplinada pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), demonstrando todos os sinais que identificam o estado de embriaguez do agente;

c) ainda para as imputações pelo art. 306, §1º, II do CTB, no que tange ao uso de substância psicoativa ou drogas, a única forma de se provar a materialidade do delito é através do laudo pericial demonstrando a existência da referida substância no sangue/urina. Ausente o laudo, cabe absolvição por ausência de provas, não bastando o depoimento de testemunhas presenciais;

d) ainda que o entendimento majoritário seja de crime de perigo abstrato, o defensor público deve invocar o elemento normativo do tipo criado com essa alteração legislativa consistente na *alteração da capacidade psicomotora*. Para tanto, caso não haja prova pericial, deve o defensor público questionar a simples presença dos sintomas relatada pelos policiais e perquirir se os sintomas relatados realmente alteraram a capacidade psicomotora do agente, fazendo com que ele dirigisse seu veículo de forma anormal ou contrária a qualquer regra de trânsito. Se não provada a real alteração da capacidade psicomotora, deve o agente ser absolvido.⁸⁰⁸

IV – havendo recusa à submissão do exame pericial, somada à negativa de uso de bebida alcoólica e, tendo sido lavrado o termo de constatação de embriaguez, o defensor público deve contraditar o referido termo com os depoimentos dos policiais que o lavraram⁸⁰⁹.

Art. 536. Se o agente tiver se submetido ao teste do etilômetro, o defensor público deve conferir se o aparelho estava de acordo com a Resolução nº 206/2006 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), sobretudo calibragem e prazo de validade⁸¹⁰.

Art. 537. O delito somente pode ser praticado na direção de veículo automotor.

⁸⁰⁸ TJMG, 02ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.13.192726-1/001, Relatora: Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento 19/03/2015, Data de Publicação 30/03/2015.

⁸⁰⁹ Considerando o elevado número de casos, os policiais não se lembram claramente dos sinais que as pessoas abordadas apresentavam, de forma que a prova contrária ao termo de constatação de embriaguez é possível.

⁸¹⁰ TJMG, 02ª Câmara Criminal, Ap. 1.0637.09.067786-4/001, Relator: Des.(a) Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento 05/02/2015, Data de Publicação 19/02/2015.

TJMG, 02ª Câmara Criminal, Ap. 1.0083.12.001851-6/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, Data de Julgamento 11/06/2014, Data de Publicação 30/06/2014.

TJPR, 02ª Câmara Criminal, Ap. 1.165.761-9, Relator: Des.(a) Márcio José Tokars, Data de Julgamento 23/10/2014.



Parágrafo único. Na prática não se vislumbra a possibilidade de tentativa desse delito. Se o assistido estiver embriagado dentro do carro, parado, simplesmente sentado ao volante, sua conduta deve ser considerada como ato preparatório impunível ou fato atípico⁸¹¹.

Art. 538. No caso de imputação conjunta pelo delito de dirigir sob a influência de álcool (art. 306 do CTB) e o delito de dirigir inabilitado (art. 309 do CTB), o defensor público deve se atentar para os seguintes requisitos:

I – o art. 306 do CTB absorve o art. 309 do CTB, se ocorreram no mesmo contexto fático, vez que ambos protegem o mesmo bem jurídico, qual seja, a incolumidade pública, razão pela qual o defensor público deve requerer a aplicação do princípio da absorção;

II – para que a materialidade do delito do art. 309 do CTB se configure, necessária a presença de documento do DETRAN nos autos, demonstrando a ausência de habilitação do condutor, não bastando a confissão isolada;

III – no caso de absorção do art. 309 do CTB pelo art. 306 do CTB, pode haver aplicação da majorante prevista no art. 298, III do CTB, desde que devidamente comprovada a ausência de habilitação, conforme disposto no inciso anterior⁸¹².

Art. 539. Havendo concurso de crimes entre o art. 306 do CTB e delitos de dano (homicídio e lesão corporal culposos, na direção de veículo automotor) deve o delito de embriaguez ao volante ser absorvido por estes⁸¹³.

SEÇÃO IV DAS DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE A APLICAÇÃO DE PENA DE SUSPENSÃO/ PROIBIÇÃO DE OBTENÇÃO DA PERMISSÃO PARA DIRIGIR NOS CRIMES DOS ARTS. 302, 303 E 306 DO CTB

Art. 540. A pena de suspensão/proibição de obtenção da permissão para dirigir ou da habilitação descrita no preceito secundário e cumulativa à pena corporal não pode ser aplicada ao condutor já habilitado, mas sim àquele em processo de habilitação ou que ainda

⁸¹¹ TJMG, 04ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.12.085105-0/001, Relator: Des.(a) Corrêa Camargo, Data de Julgamento 07/05/2014, Data de Publicação 14/05/2014.

TJMG, 07ª Câmara Criminal, Ap. 1.0431.10.002693-6/001, Relator: Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento 07/03/2013, Data de Publicação 15/03/2013.

TJMG, 06ª Câmara Criminal, Ap. 1.0056.09.211414-1/001, Relator: Des.(a) Rubens Gabriel Soares, Data de Julgamento 21/08/2012, Data de Publicação 31/08/2012.

TJMG, 01ª Câmara Criminal, Ap. 1.0132.07.009694-7/001, Relator: Des.(a) Edival José de Moraes, Data de Julgamento 17/08/2010, Data de Publicação 01/10/2010.

⁸¹² TJDF, 2ª Turma Criminal, 20130410086927APR, Relator: Des.(a) Silvânio Barbosa, Data de Julgamento 17/07/2014.

TJMG, 01ª Câmara Criminal, Ap. 1.0120.13.000817-6/001, Relator: Des.(a) Walter Luiz, Data de Julgamento 21/10/2014, Data de Publicação 30/10/2014.

⁸¹³ TJSP, 09ª Câmara Criminal, Ap. 0007092-64.2011.8.26.0286, Relator: Des.(a) Otávio Henrique, Data de Julgamento 21/05/2015.

TJMG, 05ª Câmara Criminal, Ap. 1.0143.13.000006-8/001, Relator: Des.(a) Adilson Lamounier, Data de Julgamento 24/02/2015, Data da Publicação 04/03/2015.

não está em processo de habilitação, sob pena de violação ao princípio da legalidade⁸¹⁴.

Art. 541. Só pode ser aplicada ao condutor já habilitado definitivamente a pena de suspensão da habilitação descrita no art. 47, III, nos termos do art. 57, ambos do CP, que é uma pena restritiva de direitos, e substitui a pena corporal, não podendo ser aplicada cumulativamente a ela.

Art. 542. Se o agente foi motorista profissional e a pena de suspensão da habilitação for imposta, o defensor público deve requerer a exclusão dessa pena, por ferir o direito constitucional ao trabalho, previsto no art. 5º, XVII da CR⁸¹⁵.

Art. 543. Condenado o agente pelos art. 302, 303 ou 306, todos do CTB, o defensor público deve observar se houve a devida proporcionalidade entre a pena de prisão e a de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, levando-se em conta o critério trifásico de aplicação da pena (artigos 59 e 68 do CP).

Parágrafo único. Ressalte-se que o patamar mínimo para a pena de suspensão/proibição de se obter a permissão ou a habilitação é de 02 (dois) meses, conforme previsto no art. 293 do CTB. Se o magistrado fixar pena acima de 02 (dois) meses, deverá fundamentar sua decisão, nos termos do art. 93, IX da CRB⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Essa tese é defendida pela Doutrina e é baseada na interpretação literal da redação do artigo:

“Para o agente se candidatar ao processo de habilitação, é imprescindível que cumpra com as exigências previstas no Código de Trânsito (art. 140). Uma vez satisfeitas, bem como aprovado nos diferentes exames, o agente recebe uma permissão para dirigir, com validade de um ano (art. 148, §2º). Ao término deste prazo lhe será conferida a Carteira Nacional de Habilitação se não tiver cometido infração grave ou gravíssima, ou não for reincidente em infração média (art. 148 §3º).

Com base nessas considerações e na nova redação do art. 292 do Código de Trânsito, **concluo que nosso legislador continua outorgando ao juiz a obrigação de aplicar a pena de proibição para obstar que o condutor não habilitado obtenha o acesso ao processo de habilitação (visando à obtenção da permissão para dirigir) e a pena de suspensão ao condutor que praticou o delito de trânsito no estágio probatório (período de um ano com a Permissão), impedindo-o, assim, de obter a Carteira Nacional de Habilitação. Isso significa, por exclusão, que o atual dispositivo não corrigiu a falha já existente na lei anterior de a presente pena acessória não ser aplicada ao portador de CNH definitiva**, pois, como já aprovado nos diferentes exames, obteve a Permissão para Dirigir e, uma vez não cometida infração grave ou gravíssima, ou não reincidente em infração média, no prazo de um ano (estágio probatório), também já obteve a Carteira Nacional de Habilitação. É bem simples: não há mais nada que o agente definitivamente habilitado possa obter e, portanto, nada lhe poderá ser suspenso ou proibido de acordo com o art. 292 com a redação dada pela Lei n. 12.971/2014.” (BEM, Leonardo Schmitt de. Direito Penal de Trânsito. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41-42). [grifou-se].

⁸¹⁵ TJES 47040003932 ES 047040003932, Relator: SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, Data de Julgamento: 13/09/2006, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/11/2006.
TJMG, Ap. 1.0024.04.462734-7/001, 5ª Cam. Rel. Des. Helcio Valentim, j. 15/05/07, m.v., DJMG de 02/06/2007, RT 864/639. Apelação Cr. 353719-8 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 2ª Câmara Criminal – Rel. Walter Jobin Neto.
Apelação Cr. 6382-0 – Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1ª Turma Criminal – Rel. P. A Rosas de Farias, DJU- 04-09-2002. TJMG, Número do processo: Numeração única:0582220-55.2002.8.13.0433 Relator: Des.(a) ADILSON LAMOUNIER Data do Julgamento: 20/05/2008 Data da Publicação:07/06/2008

⁸¹⁶ TJMG, 04ª Câmara Criminal, Ap. 1.0435.12.000767-7/001, Relator: Des.(a) Júlio Cezar Guttierrez, Data de Julgamento 27/05/2015, Data de Publicação 02/06/2015.
TJMG, 03ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.10.172644-6/001, Relatora: Des.(a) Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento 26/05/2015, Data de Publicação 03/06/2015.
TJMG, 02ª Câmara Criminal, Ap. 1.0637.13.000170-3/001, Relator: Des.(a) Renato Martins Jacob, Data de Julgamento 21/05/2015, Data de Publicação 01/06/2015.
TJMG, 07ª Câmara Criminal, Ap. 1.0145.09.549594-4/001, Relator: Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, Data de Julgamento 14/05/2015, Data de Publicação 22/05/2015.
TJMG, 01ª Câmara Criminal, Ap. 1.0342.13.010138-5/001, Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich, Data de Julgamento 28/04/2015, Data de Publicação 08/05/2015.



Art. 544. Caso determinada pelo magistrado a medida cautelar de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo ou a proibição de sua obtenção (art. 294 do CTB), deve ser requerida pelo defensor público, ao final do processo, a detração com o período anterior cumprido como medida cautelar.

Art. 545. O art. 298 do CTB traz as agravantes específicas dos crimes de trânsito. O *quantum* da pena a ser aumentado deve ser cuidadosamente fundamentado pelo magistrado, nos mesmos moldes das agravantes genéricas:

I – a agravante do inciso I não pode ser aplicada no caso de morte/lesão de mais de uma pessoa no mesmo evento para os casos de homicídio culposo e lesão corporal culposa, pois são crimes de dano, caracterizado pela própria morte ou lesão. Assim, o defensor público deve se atentar para a arguição de *bis in idem*;

II – em relação à agravante do inciso II o defensor público deve observar se a falsificação é grosseira, já que incapaz de ludibriar o agente ou órgão de trânsito, de forma a decotar a referida agravante;

III – a agravante do inciso III não se aplica aos crimes de homicídio culposo (art. 302 do CTB) e lesão corporal culposa (art. 303 do CTB) porque constitui causa especial de aumento de pena (art. 302, parágrafo único, I do CTB);

IV – a agravante do inciso IV não incide no art. 309 do CTB por ser elementar do tipo;

V – a agravante do inciso V deve ser questionada pois gera ofensa ao princípio da ofensividade, já que a pena é agravada não em virtude de uma ação específica do condutor, e sim de uma característica de cunho pessoal. No tocante aos delitos de homicídio e lesão corporal culposos, o defensor público deve prestar atenção já que esta agravante é considerada causa de aumento;

VI – a agravante do inciso VII não se aplica aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa pois já há a previsão de especial causa de aumento⁸¹⁷.

VII – o defensor público deve pleitear a compensação das agravantes genéricas acima citadas com as atenuantes da confissão espontânea ou menoridade. Caso entenda prudente, pode requerer a prevalência das atenuantes⁸¹⁸.

Art. 546. Para os arts. 302 e 303, ambos do CTB, o defensor público deve verificar possibilidade de aplicação do perdão judicial, previsto nos artigos 129, §8º, e 121, §5º, ambos do CP.

Parágrafo único. Na hipótese do *caput*, o defensor público deve comprovar grau de parentesco, laços familiares ou afinidade, bem como o sofrimento do acusado, através de relatos de testemunhas e/ou exames médico-psiquiátricos⁸¹⁹.

⁸¹⁷ Art. 302, parágrafo único, II do CTB.

⁸¹⁸ TJPR, 02ª Câmara Criminal, Ap. 1.285.796-0, Relator: Des.(a) Laertes Ferreira Gomes, Data de Julgamento 12/02/2015.

TJMG, 07ª Câmara Criminal, Ap. 1.0431.10.003430-2/001, Relator: Des.(a) Sálvio Chaves, Data de Julgamento 23/10/2014, Data da Publicação 30/10/2014.

TJMG, 06ª Câmara Criminal, Ap. 1.0024.11.213094-3/001, Relator: Des.(a) Furtado de Mendonça, Data de Julgamento 10/02/2015, Data da Publicação 27/02/2015.

⁸¹⁹ TJMG, 06ª Câmara Criminal, Ap. 1.0183.08.148254-3/001, Relator: Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento 10/02/2015, Data de Publicação 27/02/2015.

Parte Segunda: LIVRO IX – Da Atuação em Matéria Criminal
11.7

TÍTULO VII DA ATUAÇÃO NA LEI 9.099/95 – CRIMINAL

CAPÍTULO I DO CONCEITO DE INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Art. 547. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos da lei 9.099/95, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa^{820, 821, 822 e 823}.

§ 1º. A tentativa de contravenção penal não é punível (art. 4º, LCP).

§ 2º. O limite de cumprimento de penas, no caso de contravenção penal, é de 5 anos (art. 10, LCP).

CAPÍTULO II DA COMPETÊNCIA

Art. 548. O defensor público deve se atentar para a competência absoluta *in ratione materiae*, bem como previsão constitucional, do Juizado Especial Criminal para julgar infrações de menor potencial ofensivo (arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95)⁸²⁴.

⁸²⁰ Art. 61 da Lei 9.099/95.

⁸²¹ A infração penal é o gênero, do qual são suas espécies os crimes e as contravenções penais. A infração penal possui duas espécies: crime/delito e contravenção penal. A Lei de Introdução ao Código penal dispõe que a pena privativa de liberdade para os crimes pode ser de reclusão ou detenção. Já a pena privativa de liberdade para a contravenção penal é a prisão simples. Crime admite reclusão ou detenção. Já a contravenção penal só admite prisão simples (art. 5º e 6º da LCP) e multa. Registre-se que a prisão simples jamais é cumprida no regime fechado [será semiaberto ou aberto], nem mesmo por intermédio da regressão. De acordo com o art. 6º § 1º, Decreto 3.688/41, “o condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção.”

⁸²² O crime pode ser perseguido mediante ação penal pública ou ação penal de iniciativa privada. Já a contravenção penal só é perseguida mediante ação penal pública incondicionada (art. 17 da LCP) – há exceção no tocante à contravenção penal de vias de fato (art. 21 da LCP), por interpretação analógica ao crime de lesão corporal (art. 129, caput do CP c/c art. 88 da Lei 9.099/95).

⁸²³ “Ação Penal para a contravenção penal de vias de fato (ex.: puxão de cabelo, empurrão, tapa na cara etc): “deve ser pública condicionada. Embora o art. 17 desta Lei estabeleça que todas as contravenções proporcionam ação pública incondicionada, não há sentido algum em se manter esse dispositivo. Ocorre que, a partir de 1995, com a edição da Lei 9.099, a lesão corporal simples e a lesão corporal culposa dependem da representação da vítima para que o órgão acusatório possa atuar (ação pública condicionada). Ora, se o mais (lesão corporal) demanda a autorização do ofendido, é óbvio que o menos (vias de fato) também deve exigir representação.” – NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 1. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pg. 111. Ver ainda o Informativo 456 do STF; HC 80.617 do STF; e Enunciado 76 do FONAJE.

⁸²⁴ STJ – RHC45135, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma. Data do julgamento 05.06.2014. – “A competência dos Juizados Especiais é absoluta, uma vez que fixada em razão da matéria, motivo pelo qual é indisponível, improrrogável e imodificável, impondo-se com força cogente ao juiz.”



CAPÍTULO III DA CONEXÃO E DA CONTINÊNCIA

Art. 549. Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do juízo penal comum, prevalece a competência deste⁸²⁵. A força atrativa para a reunião dos processos é do juízo comum ou do Tribunal do Júri.

§ 1º Ainda que haja conexão e continência (concurso de crimes), faz-se possível requerer a aplicação dos institutos da transação penal e da composição civil em relação às infrações de menor potencial ofensivo⁸²⁶.

§ 2º O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano⁸²⁷.

§ 3º Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 for superior a um ano⁸²⁸.

CAPÍTULO IV DA APLICABILIDADE DA LEI 9.099/95 AOS CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DO IDOSO

Art. 550. A aplicação do rito do Juizado Especial Criminal (sumaríssimo) para os crimes previstos no Estatuto do Idoso (art. 94 da Lei 10.741/03⁸²⁹) se perfaz em prol da celeridade do procedimento, sendo vedada a aplicação dos benefícios (composição civil e transação penal) ao réu em caso de infração que ultrapasse os limites do Juizado Especial (art. 60 e 61 da Lei 9.099/95).

⁸²⁵ ENUNCIADO 10 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais).

⁸²⁶ Art. 60, Parágrafo único, Lei 9.099/95. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (Incluído pela Lei nº 11.313, de 2006).

⁸²⁷ Súmula 243, STJ.

⁸²⁸ Súmula 723, STF.

⁸²⁹ Art. 94. Lei 10.741/03. "Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal". ADI 3.096-5 – STF (REL. CARMEM LÚCIA – DATA 16.6.2010) – "Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão "do Código Penal e". Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime".

CAPÍTULO V DA REPRESENTAÇÃO NA CONTRAÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO

Art. 551. A ação penal relativa à contração de vias de fato é pública condicionada à representação⁸³⁰.

CAPÍTULO VI DO PROCEDIMENTO

SEÇÃO I DA CITAÇÃO

Art. 552. No rito do Juizado Especial Criminal a regra é a citação pessoal, sendo vedada a citação editalícia⁸³¹.

§ 1º A posterior localização do acusado, com o trâmite processual já no juízo comum, não tem o condão de devolver a competência para o Juizado Especial Criminal⁸³².

§ 2º É cabível a citação por hora certa no Juizado Especial Criminal, pautando-se pelos arts. 362 do CPP e arts. 227 a 229 do CPC (arts. 252 a 254 do Novo CPC)⁸³³.

SEÇÃO II DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR E DA DEFESA TÉCNICA

Art. 553. É imprescindível que o autor do fato tenha defesa técnica na audiência preliminar, sob pena de nulidade absoluta^{834 e 835}.

⁸³⁰ ENUNCIADO 76 (XVII Encontro – Curitiba/PR).

⁸³¹ ENUNCIADO 64 do FONAJE – Verificada a impossibilidade de citação pessoal, ainda que a certidão do Oficial de Justiça seja anterior à denúncia, os autos serão remetidos ao juízo comum após o oferecimento desta (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 108 do FONAJE – O Art. 396 do CPP não se aplica no Juizado Especial Criminal regido por lei especial (Lei nº. 9.099/95) que estabelece regra própria (XXV Encontro – São Luís/MA).

ENUNCIADO 109 do FONAJE – Substitui o Enunciado 65 – Nas hipóteses do artigo 363, § 1º e § 4º do Código de Processo Penal, aplica-se o parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/95 (XXV Encontro – São Luís/MA).

⁸³² ENUNCIADO 51: A remessa dos autos ao juízo comum, na hipótese do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95 (ENUNCIADO 64), exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá com localização do acusado (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).

⁸³³ ENUNCIADO 110: “No Juizado Especial Criminal é cabível a citação com hora certa” (XXV Encontro – São Luís/MA).

⁸³⁴ Art. 72. Lei 9.099/95 – Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

⁸³⁵ ENUNCIADO 9, FONAJE – A intimação do autor do fato para a audiência preliminar deve conter a advertência da necessidade de acompanhamento de advogado e de que, na sua falta, ser-lhe-á nomeado Defensor Público.



SEÇÃO III DA COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS

Art. 554. É possível a composição civil dos danos nas infrações penais de menor potencial ofensivo que sejam de ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação.

§ 1º A composição civil implicará na renúncia ao direito de queixa ou representação, respectivamente⁸³⁶.

§ 2º Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal^{837 e 838}.

Art. 555. A ausência injustificada do autor do fato à audiência preliminar implicará em vista dos autos ao Ministério Público para o procedimento cabível⁸³⁹.

Art. 556. O Ministério Público, oferecida a representação em Juízo, poderá propor diretamente a transação penal, independentemente do comparecimento da vítima à audiência preliminar⁸⁴⁰.

Art. 557. O acordo civil de que trata o art. 74 da Lei nº 9099/95 poderá versar sobre qualquer valor ou matéria^{841 e 842}.

Parágrafo único. O acordo em que o objeto for obrigação de fazer ou não fazer deverá conter cláusula penal em valor certo, para facilitar a execução cível⁸⁴³.

Art. 558. A expressão conciliação prevista no artigo 73 da Lei 9099/95 abrange o acordo civil e a transação penal, podendo a proposta do Ministério Público ser encaminhada pelo conciliador ou pelo juiz leigo, nos termos do artigo 76, § 3º, da mesma Lei⁸⁴⁴.

⁸³⁶ Art. 74, Parágrafo único da Lei 9099/95. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

⁸³⁷ ENUNCIADO 99 (nova redação – XXIII Encontro – Boa Vista/RR).

⁸³⁸ Sendo assim, no caso de uma contravenção penal, por exemplo de “Perturbação do trabalho ou do sossego alheios” (art. 42 da LCP), em que há vítima determinada, se as partes (autor do fato e vítima) realizarem a composição civil (acordo de pacificação social, desinteresse da vítima), faz-se possível o pleito de não recebimento da denúncia por ausência de justa causa para a ação penal (art. 395, inciso III do CPP), a despeito de se tratar de ação penal pública incondicionada.

⁸³⁹ ENUNCIADO 1.

⁸⁴⁰ ENUNCIADO 2 – nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES.

⁸⁴¹ ENUNCIADO 37 – nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES.

⁸⁴² Os enunciados 37, 43 e 89 que admitem a composição civil para a solução do conflito penal (renúncia – extinção da punibilidade) com extensão para o cível (transação – resolução da lide com sentença de mérito), havendo a possibilidade de execução cível do acordo.

⁸⁴³ ENUNCIADO 43.

⁸⁴⁴ ENUNCIADO 71 (Substitui o Enunciado 47) XV Encontro – Florianópolis/SC.



Art. 559. A prescrição e a decadência não impedem a homologação da composição civil⁸⁴⁵.

Art. 560. Havendo possibilidade de solução de litígio de qualquer valor ou matéria subjacente à questão penal, o acordo poderá ser reduzido a termo no Juizado Especial Criminal e encaminhado ao juízo competente⁸⁴⁶.

Art. 561. A decisão que homologa a composição civil não admite recurso, salvo embargos de declaração.

Art. 562. A decisão que não homologa a composição civil admite recurso de apelação⁸⁴⁷.

Art. 563. Em caso de não comparecimento da vítima, quando intimada ou não localizada em seu endereço, à audiência preliminar envolvendo a ação penal pública condicionada à representação, faz-se possível a alegação de renúncia tácita, por conseguinte a extinção da punibilidade⁸⁴⁸.

SEÇÃO IV DA REPRESENTAÇÃO

Art. 564. A representação deve ser exercida contra todos os autores do fato, caso contrário, haverá a extensão da renúncia a todos^{849 e 850}.

§ 1º Em sendo a ação pública condicionada, inicia-se o prazo decadencial de 6 (seis) meses para a representação do ofendido a partir do dia de conhecimento da autoria do fato – art. 103 do CP⁸⁵¹.

§ 2º. Qualquer manifestação da vítima que denote intenção de representar vale como tal para os fins do art. 88 da Lei 9.099/95.

Art. 565. Até a prolação da sentença é possível declarar a extinção da punibilidade do autor do fato pela renúncia expressa da vítima ao direito de representação ou pela conciliação⁸⁵².

⁸⁴⁵ ENUNCIADO 74 (Substitui o enunciado 69) XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ.

⁸⁴⁶ ENUNCIADO 89 (Substitui o Enunciado 36) XXI Encontro – Vitória/ES.

⁸⁴⁷ CUNHA, Maurício Ferreira. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 7. ed. Salvador: Ed. RT, 2015. p. 133.

⁸⁴⁸ ENUNCIADO 117 (XXVIII Encontro – Salvador/BA) – A ausência da vítima na audiência, quando intimada ou não localizada, importará renúncia tácita à representação.

⁸⁴⁹ ENUNCIADO 33 – Aplica-se, por analogia, o artigo 49 do Código de Processo Penal no caso da vítima não representar contra um dos autores do fato.

⁸⁵⁰ Art. 49, CPP – A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

⁸⁵¹ ENUNCIADO 25.

⁸⁵² ENUNCIADO 113 (Substitui o Enunciado 35) – (XXVIII Encontro – Salvador/BA). Tal enunciado tem fundamento na principiologia do Juizado Especial prevista nos arts. 2º e 62 da Lei 9.099/95, mormente na resolução dos conflitos pela “conciliação e transação”, “reparação dos danos sofridos pela vítima” e “aplicação de pena não privativa de liberdade”.



SEÇÃO V DA TRANSAÇÃO PENAL

Art. 566. Recusando-se o órgão do Ministério Público a formular proposta de transação penal, deve-se zelar para que o magistrado, por analogia, aplique o art. 28 do CPP⁸⁵³.

Art. 567. É cabível o encaminhamento de proposta de transação por carta precatória⁸⁵⁴.

Art. 568. A proposta de transação de pena restritiva de direitos é cabível, mesmo quando o tipo em abstrato só comporta pena de multa⁸⁵⁵.

Art. 569. A transação penal poderá conter cláusula de renúncia à propriedade do objeto apreendido⁸⁵⁶.

Art. 570. A proposta de transação penal e a sentença homologatória devem conter obrigatoriamente o tipo penal imputado, independentemente da capitulação ofertada no termo circunstanciado⁸⁵⁷.

Art. 571. É possível a modificação das medidas penais indicadas na proposta de transação penal^{858 e 859}.

Parágrafo único. É possível a adequação da proposta de transação penal ou das condições da suspensão do processo no juízo deprecado ou no juízo da execução, observadas as circunstâncias pessoais do beneficiário⁸⁶⁰.

Art. 572. A transação penal, haja vista a principiologia do Juizado Especial (conciliação, transação, resolução dos conflitos com pena não privativa de liberdade) poderá ser proposta até o final da instrução processual⁸⁶¹.

⁸⁵³ ENUNCIADO 86 (substitui o Enunciado 6) – (XXI Encontro – Vitória/ES).

⁸⁵⁴ ENUNCIADO 13 – (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).

⁸⁵⁵ ENUNCIADO 20.

⁸⁵⁶ ENUNCIADO 58 (XIII Encontro – Campo Grande/MS).

⁸⁵⁷ ENUNCIADO 72 (XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ).

⁸⁵⁸ ENUNCIADO 68 – É cabível a substituição de uma modalidade de pena restritiva de direitos por outra, aplicada em sede de transação penal, pelo juízo do conhecimento, a requerimento do interessado, ouvido o Ministério Público (XV Encontro – Florianópolis/SC).

ENUNCIADO 77 – O juiz pode alterar a destinação das medidas penais indicadas na proposta de transação penal (XVIII Encontro – Goiânia/GO).

ENUNCIADO 102 – As penas restritivas de direito aplicadas em transação penal são fungíveis entre si (XXIII Encontro – Boa Vista/RR).

⁸⁵⁹ A substituição faz-se oportuna quando, a título de exemplo, o assistido procura a Defensoria Pública para alterar a transação penal anteriormente aceita em razão de desemprego, doença, acidente etc.

⁸⁶⁰ ENUNCIADO 92 – É possível a adequação da proposta de transação penal ou das condições da suspensão do processo no juízo deprecado ou no juízo da execução, observadas as circunstâncias pessoais do beneficiário (nova redação – XXII Encontro – Manaus/AM).

⁸⁶¹ ENUNCIADO 114 (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

Art. 573. Em relação ao crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da lei 11.343/06), é possível nova transação penal para o autor do fato ainda que já tenha transacionado em intervalo menor que 5 (cinco) anos⁸⁶².

Parágrafo único. A reincidência por crime ou contravenção penal anterior não impedem a transação penal para o autor do fato de porte de drogas para uso próprio, tendo em vista as consequências (penas) do crime (advertência, frequência a curso, prestação de serviços – vedação à privação da liberdade)⁸⁶³.

Art. 574. Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público⁸⁶⁴.

Art. 575. Caso o autor do fato, regularmente intimado, deixe de comparecer à audiência preliminar, entende-se que, em regra, não lhe será oferecida a proposta de transação penal⁸⁶⁵.

Art. 576. Faz-se necessário que a proposta de transação penal seja aceita pelo autor do fato e por seu defensor público⁸⁶⁶.

Art. 577. O princípio da ampla defesa deve ser assegurado também na fase da transação penal⁸⁶⁷.

Art. 578. Admite-se o recurso de apelação em razão da sentença de homologação da transação penal.

Parágrafo único. A homologação impede nova transação penal no período de 5 (cinco) anos, sendo este seu único efeito penal.

Art. 579. O juiz pode deixar de homologar transação penal em razão de:

I – atipicidade;

II – prescrição;

III – falta de justa causa para a ação penal.

⁸⁶² ENUNCIADO 115 – A restrição de nova transação do art. 76, § 4º, da Lei nº 9.099/1995, não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

⁸⁶³ ENUNCIADO 124 – A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal (XXXIII Encontro – Cuiabá/MT).

⁸⁶⁴ ENUNCIADO 112 (Substitui o Enunciado 90 – XXVII Encontro – Palmas/TO).

⁸⁶⁵ “Inexiste ilegalidade na falta de oferecimento do benefício de transação penal quando o indiciado, regularmente intimado, deixa de comparecer à Audiência Especial e à Audiência de Instrução e Julgamento, inviabilizando a proposta dos benefícios da Lei 9.099/95.” – HC 97.304/RJ – STJ.

⁸⁶⁶ “Os artigos 68, 72 e 76, § 3º, da Lei n. 9.099/90 exigem, expressamente, o comparecimento do autor do fato na audiência preliminar, acompanhado de seu advogado ou, na ausência deste, de defensor público. A inobservância desses preceitos traduz nulidade absoluta. Hipótese em que o paciente não foi amparado por defesa técnica nem lhe foi nomeado defensor público na audiência preliminar na qual proposta a transação penal. Ordem concedida.” – HC 88797 / RJ – RIO DE JANEIRO – HABEAS CORPUS – Relator(a): Min. EROS GRAU – Julgamento: 22/08/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁸⁶⁷ ENUNCIADO 111 (XXVII Encontro – Palmas/TO).



Parágrafo único. A decisão mencionada no *caput* equivale à rejeição da denúncia ou queixa⁸⁶⁸.

Art. 580. A aceitação da transação penal não gera status de condenado ao autor do fato, ao contrário, como não houve sentença penal condenatória, prevalecerá o princípio da presunção de inocência⁸⁶⁹.

Art. 581. O descumprimento de transação penal autoriza o oferecimento de denúncia⁸⁷⁰.

§ 1º O descumprimento de transação penal não acarreta em crime de desobediência⁸⁷¹.

§ 2º Ofende ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa) a conversão da transação penal em pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento do avençado pelo Ministério Público e autor do fato⁸⁷².

Art. 582. É cabível a transação penal para o crime de abuso de autoridade⁸⁷³.

SEÇÃO VI DA COMPLEXIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E REMESSA DO FEITO AO JUÍZO COMUM

Art. 583. Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes ao juízo comum^{874 e 875}.

⁸⁶⁸ ENUNCIADO 73 (XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ).

⁸⁶⁹ “A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.” – STF – ARE713138 AgR/CE. Rel. Min. Rosa Weber, j. 20.8.2013

“Exclusão de concurso público de candidato beneficiado pela transação penal . ofensa ao princípio da presunção de inocência. precedentes. agravo regimental a que se nega provimento.” – STF – ARE 789197 Agr acórdão eletrônico – julg-09-09-2014 uf-ro Turma-02 Min-Teori Zavascki n.pág-008 – dje-186 divulg 24-09-2014, public 25-09-2014.

⁸⁷⁰ Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal.”- STF – REPERCUSSÃO GERAL – RE 602072 QO-RG / RS – RIO GRANDE DO SUL – REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – relator(a): Min. CEZAR PELUSO – Julgamento: 19/11/2009

“O descumprimento da transação a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Precedente: RE 602.072-RG, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 2. Agravo regimental desprovido.” – STF – RE 581201 AgR / RS – RIO GRANDE DO SUL – AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Relator(a): Min. AYRES BRITTO – Julgamento: 24/08/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁸⁷¹ HC 84976 / SP – Rel. Min. CARLOS BRITTO – Data: 20/09/2005 – STF – Primeira Turma.

⁸⁷² HC 84775 / RO – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – data: 21/06/2005 – STF – Segunda Turma.

⁸⁷³ HC 22.881-RS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 8/4/2003 – STJ – Quinta Turma.

⁸⁷⁴ Art. 77 § 2º, da Lei 9.099/95.

⁸⁷⁵ ENUNCIADO 60 – Exceção da verdade e questões incidentais não afastam a competência dos Juizados Especiais, se a hipótese não for complexa (XIII Encontro – Campo Grande/MS).

ENUNCIADO 18 – Na hipótese de fato complexo, as peças de informação deverão ser encaminhadas à Delegacia Policial para as diligências necessárias. Retornando ao Juizado e sendo o caso do artigo 77, parágrafo 2.º, da Lei n. 9.099/95, as peças serão encaminhadas ao Juízo Comum.

Parágrafo único. A remessa dos autos ao juízo comum, na hipótese do art. 77, parágrafo 2º, da Lei 9099/95, exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá ainda que afastada a complexidade⁸⁷⁶.

SEÇÃO VII DO NÚMERO DE TESTEMUNHAS EM AIJ

Art. 584. Há duas correntes sobre o número de testemunhas em audiência de instrução e julgamento no Juizado Especial Criminal:

I – cinco testemunhas – em analogia ao art. 532 do CPP (rito sumário);

II – três testemunhas – em analogia ao art. 34 da Lei 9.099/95.

Art. 585. Em regra não devem ser expedidos ofícios para órgãos públicos, objetivando a localização de partes e testemunhas nos Juizados Criminais⁸⁷⁷.

SEÇÃO VIII DA AÇÃO PENAL PRIVADA

Art. 586. Na hipótese de queixa crime, é prudente solicitar assinatura conjunta do assistido na peça acusatória ou, alternativamente, confeccionar requerimento de assistência jurídica nos termos do art.44 do CPP⁸⁷⁸.

SEÇÃO IX DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Art. 587. É cabível interrogatório por carta precatória⁸⁷⁹.

Art. 588. É cabível a expedição de precatória para:

I – citação;

II – apresentação de defesa preliminar;

III – proposta de suspensão do processo no juízo deprecado.

⁸⁷⁶ ENUNCIADO 52.

⁸⁷⁷ ENUNCIADO 27.

⁸⁷⁸ O STJ, no REsp 1357224, decidiu pela necessidade de apresentação de procuração pelo Defensor Público nestes casos. Apesar da atecnia que ampara a tese abarcada na decisão, não se pode negar sua existência, pelo que se recomenda a adoção de tese que melhor tutele os interesses do assistido.

⁸⁷⁹ ENUNCIADO 17 (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).



Parágrafo único. Na hipótese do inciso III, aceitas as condições, o juízo deprecado comunicará ao deprecante o qual, recebendo a denúncia, deferirá a suspensão, a ser cumprida no juízo deprecado⁸⁸⁰.

Art. 589. O interrogatório deve ser o último ato da instrução processual em prestígio à ampla defesa⁸⁸¹.

Parágrafo único. No caso excepcional de o interrogatório ser realizado por precatória, ela deverá ser instruída com cópia de todos os depoimentos, de que terá ciência o réu.

SEÇÃO X DOS RECURSOS/REEXAMES

Art. 590. O recurso de apelação é cabível contra a rejeição da denúncia ou queixa e contra a sentença.

Parágrafo único. O prazo recursal é de 10 (dez) dias, seja para as razões ou contrarrazões.

Art. 591. O recurso em sentido estrito é incabível em sede de Juizados Especiais Criminais⁸⁸².

Art. 592. O relator, nas Turmas Recursais Criminais, em decisão monocrática, poderá:

I – negar seguimento a recurso:

a) manifestamente inadmissível;

b) prejudicado.

II – julgar extinta a punibilidade.

Parágrafo único. Contra a decisão caberá recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de 5 (cinco) dias⁸⁸³.

Art. 593. A decisão que defere arquivamento de termo circunstanciado de ocorrência é irrecorrível⁸⁸⁴.

Art. 594. A interposição do recurso de embargos de declaração suspende o prazo para o recurso, e não interrompe.

Art. 595. É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por turma recursal de juizado especial cível e criminal⁸⁸⁵.

⁸⁸⁰ ENUNCIADO 93 (XXI Encontro – Vitória/ES).

⁸⁸¹ ENUNCIADO 66 (XV Encontro – Florianópolis/SC).

⁸⁸² ENUNCIADO 48.

⁸⁸³ ENUNCIADO 81 (XIX Encontro – Aracaju/SE).

⁸⁸⁴ ENUNCIADO 101 (XXII Encontro – Manaus/AM).

⁸⁸⁵ Súmula 641 do STF.

Art. 596. Não cabe Recurso Especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais⁸⁸⁶.

Art. 597. A competência para julgar *habeas corpus* contra ato da Turma Recursal do Juizado Especial Criminal é do Tribunal de Justiça⁸⁸⁷.

Parágrafo único. É necessária a análise da matéria pela Turma Recursal para após ser analisada em sede de *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça⁸⁸⁸.

Art. 598. A revisão criminal no Juizado Especial Criminal é de competência da Turma Recursal⁸⁸⁹.

SEÇÃO XI DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Art. 599. Antes da formulação da proposta da suspensão condicional do processo, impõe-se o oferecimento e o recebimento da denúncia⁸⁹⁰.

Art. 600. O recebimento da denúncia, na hipótese de suspensão condicional do processo, deve ser precedido da resposta prevista no art. 81 da Lei 9.099/95⁸⁹¹.

⁸⁸⁶ Súmula 203 do STJ.

⁸⁸⁷ “Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os habeas impetrados contra ato que tenham praticado.” – HC 86834 / SP – SÃO PAULO – HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO – Julgamento: 23/08/2006 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁸⁸⁸ ‘HABEAS CORPUS’ – JUIZ DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA – INCOMPETÊNCIA DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL PARA JULGAR O FEITO – APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 98, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMPETÊNCIA DECLINADA PARA A TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. – Quando o suposto constrangimento ilegal decorre de ato de Juiz do Juizado Especial Criminal, falece competência a este Tribunal para o julgamento de ‘habeas corpus’, consoante jurisprudência dominante e por aplicação analógica do art. 98, I, da Constituição Federal. (Habeas Corpus 1.0000.11.007466-3/000, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/03/2011, publicação da súmula em 29/04/2011).

⁸⁸⁹ “Conflito negativo de competência entre Tribunal de Justiça e Colégio Recursal – Revisão Criminal – crime de menor potencial ofensivo – ameaça – ação penal que teve curso perante os juizados especiais – ausência de previsão legal expressa para a revisão no âmbito dos juizados – garantia constitucional – vedação tão-somente quanto à ação rescisória – incompetência do Tribunal de Justiça para rever o decisum questionado – impossibilidade de formação de grupo de turmas recursais – utilização analógica do CPP – possibilidade, em tese, de convocação de magistrados suplentes a fim de evitar o julgamento pelos mesmos juízes que apreciaram a apelação – competência da Turma Recursal.” – STJ – TERCEIRA SEÇÃO – CC 47718 / RS – CONFLITO DE COMPETENCIA – 2005/0000421-7 – MIN. JANE SILVA – 13/08/2008.

⁸⁹⁰ “Entendeu-se constituir direito do denunciado obter do órgão julgador, monocrático ou colegiado, a manifestação prévia sobre a necessária existência de justa causa para a ação penal, daí nascendo, caso o juízo de delibação resulte positivo, a oportunidade de optar o réu entre a suspensão ou o processamento, com isso se evitando que o denunciado sofra indevido constrangimento, causado pela obrigatoriedade de manifestar concordância ou discordância com a proposta do Ministério Público, antes mesmo de saber da validade da inicial acusatória, o que poderia redundar no recebimento de denúncia inepta ou sem base empírica nos autos a justificar o ato.” – Pet 3898/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 27.8.2009. (Pet-3898)

⁸⁹¹ ENUNCIADO 53.



Art. 601. Nas hipóteses em que a condenação anterior não gera reincidência cabível a suspensão condicional do processo^{892, 893 e 894}.

Art. 602. Na vigência do *sursis*, decorrente de condenação por contravenção penal, não perderá o autor do fato o direito à suspensão condicional do processo por prática de crime posterior⁸⁹⁵.

Art. 603. É possível a formulação de proposta de suspensão condicional do processo quando a infração comine pena de multa de forma alternativa à pena privativa de liberdade, ainda que esta tenha limite mínimo superior a um ano⁸⁹⁶.

Art. 604. É cabível a proposta de suspensão condicional do processo na ação penal privada a ser ofertada pelo Ministério Público⁸⁹⁷.

Art. 605. Não se admite a suspensão condicional do processo nas hipóteses de concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano⁸⁹⁸.

Art. 606. Sobre a natureza jurídica da suspensão condicional do processo, há duas correntes:

⁸⁹² ENUNCIADO 16.

⁸⁹³ “A melhor interpretação do art. 89 da Lei nº 9.099/95 é aquela que faz associar a esse diploma normativo a regra do inciso I do art. 64 do Código Penal, de modo a viabilizar a concessão da suspensão condicional do processo a todos aqueles acusados que, mesmo já condenados em feito criminal anterior, não podem mais ser havidos como reincidentes, dada a consumação do lapso de cinco anos do cumprimento da respectiva pena. Ordem concedida para fins de anulação do processo-crime desde a data da audiência, determinando-se a remessa do feito ao Ministério Público para que, afastado o óbice do caput do art. 89 da Lei nº 9.099/95, seja analisada a presença, ou não, dos demais requisitos da concessão do *sursis* processual.” – STF – HC 88157 / SP – SÃO PAULO – HABEAS CORPUS – Relator(a): Min. CARLOS BRITTO – Julgamento: 28/11/2006 – Órgão Julgador: Primeira Turma.

⁸⁹⁴ Este raciocínio também é utilizado para a transação penal (HC 86162 / SE – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – data 29/11/2005 – Segunda Turma – STF).

⁸⁹⁵ ENUNCIADO 22.

⁸⁹⁶ Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo.” – HC 83926/RJ – STF.

⁸⁹⁷ ENUNCIADO 112 (XXVII Encontro – Palmas/TO).

⁸⁹⁸ Súmulas 243 do STJ e 723 do STF.

I – é direito público subjetivo do acusado⁸⁹⁹;

II – é faculdade atribuída ao Ministério Público⁹⁰⁰;

§ 1º Há posicionamentos divergentes na jurisprudência, com prevalência da corrente do inciso I.

§ 2º Em caso de oferecimento do benefício pelo Ministério Público, o juiz não pode negá-lo⁹⁰¹.

Art. 607. As condições da suspensão condicional do processo são exemplificativas.

Parágrafo único. É possível a adequação da proposta de transação penal ou das condições da suspensão do processo no juízo deprecado ou no juízo da execução, observadas as circunstâncias pessoais do beneficiário⁹⁰².

Art. 608. As condições da suspensão do processo devem respeitar os princípios:

I – da dignidade da pessoa humana⁹⁰³;

II – da razoabilidade;

⁸⁹⁹ “PENAL. PROCESSUAL PENAL SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. LEI Nº 9099/95. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. – A suspensão condicional do processo, solução extrapenal para o controle social de crimes e menor potencial ofensivo, é um direito subjetivo do réu, desde que presentes os pressupostos objetivos. – Não fica ao alvedrio do Ministério Público oferecer ou não a proposta. Ao deixar de oferecê-la, mesmo presentes os pressupostos próprios para aplicação no instituto da suspensão do processo, deve o Juiz proferir decisão, de modo a assegurar ao réu o benefício previsto no comando legal. – Recurso especial conhecido desprovido” (STJ – Resp nº 197.116/SP, Rel. Min. Vicente Leal, in DJ 29/11/99).

“A suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95 é um direito subjetivo do réu, não se conferindo ao Ministério Público o poder discricionário de escolher os casos em que deve realizar a proposta, posto que se trata de um poder-dever.” (Apelação nº 1.022.437/3, Julgado em 25/09/1.996, 6ª Câmara, Relator: – Penteado Navarro, RJTACRIM 33/115).

“A proposta de suspensão condicional do processo, apesar de ser de competência do Ministério Público, não constitui mera faculdade do órgão ministerial, mas, sim, direito subjetivo do réu.” (TJMG – Apelação Criminal 1.0643.08.003849-7/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/06/2011, publicação da súmula em 29/07/2011).

⁹⁰⁰ Informativo nº 70 – Período: 11 a 15 de setembro de 2000. STJ – Terceira Seção – “Se o Promotor de Justiça recusa-se a fazer a proposta de suspensão condicional do processo, o Juiz, verificando presentes os requisitos objetivos, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, não podendo formulá-la ex officio. Aplica-se, por analogia, o art. 28 do CPP.” Prosseguindo o julgamento, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência. EREsp 157.181-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 13/9/2000.

Súmula 696, STF: “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do código de processo penal.”

⁹⁰¹ Informativo nº 443 Período: 16 a 20 de agosto de 2010. STJ Sexta Turma Sursis Processual. INDEFERIMENTO. JUIZ. O Ministério Público (MP) ao oferecer denúncia, propôs a suspensão condicional do processo (sursis processual) em relação aos recorrentes. Entretanto, após realizada audiência e aceita a proposta do sursis processual, o juiz negou-a por motivo de suposta prática de lesão corporal grave. Por sua vez, o tribunal a quo manteve o indeferimento, sem constatar irregularidade no ato. Para a Min. Relatora, o juiz não poderia negar a aplicação do sursis processual depois de o parquet ter reconhecido presentes os requisitos que autorizariam a suspensão (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Explicita ainda que, nessa fase, não se antecipa qualquer juízo de mérito sobre aquele que aceita as propostas alternativas do processo. Por isso, tampouco é possível, nessa fase, o juiz amparar-se nos elementos de cognição, ou seja, laudo pericial, depoimentos, exames médicos e declarações da vítima, para afastar a incidência do benefício da suspensão. Nessas hipóteses, a jurisprudência deste Superior Tribunal tem reconhecido o direito ao sursis processual. Diante do exposto, a Turma deu provimento ao recurso, para determinar a suspensão nos termos formulados pelo MP. Precedente citado: HC 48.556- RJ, DJ 1º/8/2006. RHC 21.445-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/8/2010.

⁹⁰² ENUNCIADO 92 (nova redação – XXII Encontro – Manaus/AM).

⁹⁰³ “Assim firmou que aquela condição em questão revela-se inconstitucional, pois expõe o paciente publicamente, submetendo-o à condição vexatória, em ofensa clara ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988) e, dessa forma, deve ser declarada nula.” – STJ – HC 39.576-BA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 24/2/2005.



III – da proporcionalidade⁹⁰⁴;

IV – da legalidade⁹⁰⁵.

Art. 609. A eventual aceitação de proposta de suspensão condicional do processo não prejudica a análise de *habeas corpus* no qual se pleiteia o trancamento de ação penal⁹⁰⁶.

Art. 610. É possível a revogação da suspensão condicional do processo mesmo quando expirado o período de prova, desde que os fatos ensejadores da revogação tenham ocorrido durante o período probatório⁹⁰⁷.

Art. 611. É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.⁹⁰⁸

CAPÍTULO VII DA PRESCRIÇÃO DA PENA EM PERSPECTIVA

Art. 612. A despeito de a súmula 438 do STJ, o enunciado 75 do FONAJE reconhece a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto.

CAPÍTULO VIII DA PENA DE MULTA

Art. 613. A pena de multa deve ser fixada em dias-multa⁹⁰⁹.

⁹⁰⁴ Quinta Turma – STJ – RH 31.283-ES, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 11/12/2012.

⁹⁰⁵ Sexta Turma – STJ – HC 222.026-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/3/2012.

⁹⁰⁶ “A eventual aceitação de proposta de suspensão condicional do processo não prejudica a análise de *habeas corpus* no qual se pleiteia o trancamento de ação penal. Isso porque durante todo o período de prova o acusado fica submetido ao cumprimento das condições impostas, cuja inobservância enseja o restabelecimento do curso do processo. Precedentes citados: AgRg no RHC 24.689-RS, Quinta Turma, DJe 10/2/2012; e HC 210.122-SP, Sexta Turma, DJe 26/9/2011.” RHC 41.527-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/3/2015, DJe 11/3/2015. Informativo 557, STJ.

⁹⁰⁷ “É possível a revogação do benefício da suspensão condicional do processo após o término do período de prova, desde que os fatos ensejadores da revogação tenham ocorrido durante esse período. Conforme a jurisprudência do STF e do STJ, o descumprimento de uma das condições no curso do período de prova da suspensão condicional do processo acarreta, obrigatoriamente, a cessação do benefício (art. 89, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.099/1995). A ausência de revogação do benefício antes do término do lapso probatório não ocasiona a extinção da punibilidade e pode ocorrer após o decurso do período de prova. Precedentes citados do STF: HC 103.706-SP, DJe 30/11/2010; e do STJ: HC 176.891-SP, DJe 13/4/2012, e HC 174.517-SP, DJe 4/5/2011.” HC 208.497-RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 11/12/2012.”

⁹⁰⁸ Súmula n. 337 do STJ.

⁹⁰⁹ ENUNCIADO 8 – A multa deve ser fixada em dias-multa, tendo em vista o art. 92 da Lei 9.099/95, que determina a aplicação subsidiária dos Códigos Penal e de Processo Penal.

ENUNCIADO 20 – A proposta de transação de pena restritiva de direitos é cabível, mesmo quando o tipo em abstrato só comporta pena de multa.

CAPÍTULO IX DA ATUAÇÃO NOS CRIMES AMBIENTAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO DA LEI 9.605/98

SEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 614. A competência para análise dos crimes ambientais de menor potencial ofensivo é, em regra, da Justiça Estadual⁹¹⁰, pois não há, na proteção ambiental, interesse direto da União, de autarquias ou empresas públicas federais.

Parágrafo único. A competência também pode ser da Justiça Federal quando agressões ambientais ocorrerem dentro de Unidade de Conservação Ambiental mantida pela União Federal^{911 912}.

Art. 615. Admite-se a invocação do princípio da insignificância⁹¹³ para os crimes ambientais^{914 915}.

Parágrafo único. Há, inclusive, posicionamento favorável do Ministério Público de São Paulo sobre o tema⁹¹⁶.

Art. 616. O STF e o STJ posicionam-se favoravelmente ao cabimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais^{917 918}.

⁹¹⁰ STJ – Ag. Reg. no REsp 704209-PA – 02.02.2006 – 6ª Turma – “Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal exposto sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual.

⁹¹¹ STJ – CC 92722 – RJ – 24.3.2010 – 3ª Seção – “A competência da Justiça Federal, expressa no art. 109, IV, da Carta Magna, restringe-se às hipóteses em que os crimes ambientais são perpetrados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas.”

⁹¹² A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios (567, 1ª parte, Código de Processo Penal). Apesar da disposição legal, em se tratando de incompetência absoluta (*ratione materiae* e *ratione personae*), a nulidade pode ser alegada a qualquer momento e anula o processo desde o início. Assim, o princípio do aproveitamento dos atos processuais só diz respeito às nulidades relativas, as quais devem ser alegadas oportunamente.

⁹¹³ HC 112563 – STF / REsp 1372370-RS – STJ / HC 178208-SP – STJ / HC 112840-SP – STJ.

⁹¹⁴ A despeito de se tratar do meio ambiente, sendo este de interesse da coletividade, é de se notar que há infrações penais de menor potencial ofensivo nesta seara, v.g. pesca de dois peixes com petrechos não permitidos; corte de uma árvore; etc. Evita-se assim a utilização do Direito Penal para punir condutas que não atingem efetivamente o ecossistema.

⁹¹⁵ A apanha de apenas quatro minhocuçus não desloca a competência para a Justiça Federal, pois não constitui crime contra a fauna, previsto na Lei nº 5.197/67, em face da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a conduta não tem força para atingir o bem jurídico tutelado (CC 20.312-MG).

⁹¹⁶ Súmula 29 do CSMP/SP – “O Conselho Superior homologará arquivamento de inquéritos civis ou assemelhados que tenham por objeto a supressão de vegetação em área rural praticada de forma não continuada, em extensão não superior a 0,10 ha., se as circunstâncias da infração não permitirem vislumbrar, desde logo, impacto significativo ao meio ambiente.”

⁹¹⁷ HC 85.190-8 – SC – 2ª Turma – Rel. Joaquim Barbosa, j. 8.11.2005 / ver também informativo 714 STF.

⁹¹⁸ RHC 50470 / ES – 2014/0201842-0 – Rel. Ministro GURGEL DE FARIA (1160) – T5 – QUINTA TURMA – Data do Julgamento: 17/09/2015 – Tendo em vista que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a necessidade de dupla imputação nos crimes ambientais é prescindível, uma vez que viola o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal (RE n. 548.181/PR, relatora Ministra Rosa Weber, DJe 30/10/2014 – Informativo n. 714/STF), a ação penal deve prosseguir somente para a pessoa jurídica acusada.



Art. 617. De acordo com a Lei 9.605/98, são circunstâncias que atenuam a pena:

- I** – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;
- II** – arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada;
- III** – comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental;
- IV** – colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

SEÇÃO II DA ATUAÇÃO NOS CRIMES CONTRA A FAUNA⁹¹⁹

SUBSEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 618. São causas de exclusão de ilicitude quando o crime contra a fauna é realizado:

- I** – em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;
- II** – para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente⁹²⁰;
- III** – por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente⁹²¹.

Art. 619. Os crimes contra a fauna que superaram o limite de 2 (dois) anos de pena privativa de liberdade imposto pelo art. 61 da Lei 9.099/95 não serão da competência do Juizado Especial Criminal.

Parágrafo único. Vale ressaltar que, de acordo com a jurisprudência do STF, é possível a formulação de proposta de suspensão condicional do processo quando a infração comine pena de multa de forma alternativa à pena privativa de liberdade, ainda que esta tenha limite mínimo superior a 1 (um) ano⁹²².

⁹¹⁹ "Fauna é o conjunto de animais, terrestres ou aquáticos, próprios de determinada região." – NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 2. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 589.

⁹²⁰ Estado de necessidade com autorização prévia – situação criticada por Guilherme de Souza Nucci, já que se o agente se encontra em situação de perigo, não há que solicitar autorização estatal para agir. O Código Penal, em seu art. 24, já faculta ao agente assim agir.

⁹²¹ Vide nota anterior.

⁹²² Informativo 478 do STF.

Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo." – HC 83926/RJ – STF.

SUBSEÇÃO II DA ATUAÇÃO NO CRIME DO ART.29 DA LEI 9.605/98 ⁹²³

Art. 620. Nos termos do art. 158 do CPP, para as infrações penais que deixarem vestígios materiais, a materialidade somente é comprovada por intermédio de exame pericial, direto ou indireto.

Art. 621. Sobre a competência para julgamento do crime previsto no art. 29 da Lei 9.605/98:

I – se os animais estiverem em área de proteção do Município ou do Estado-membro, cabe o julgamento à Justiça Estadual;

II – se estiverem em área de proteção da União ou autarquia federal, competente é a Justiça Federal (competência em razão da matéria)⁹²⁴.

Art. 622. Aplica-se o perdão judicial no caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção⁹²⁵.

Parágrafo único. Idealiza-se, pois, um agente que tenha bons antecedentes e conduta social, motivação generosa, além de ter seguido regras sociais convencionais⁹²⁶.

SUBSEÇÃO III DA ATUAÇÃO NO CRIME DO ART.3 2 DA LEI 9.605/98 ⁹²⁷

Art. 623. Observar que, pelo princípio da adequação social, cortes de orelhas e rabos em cães são admitidos pela sociedade como forma de embelezamento, por exemplo.

Art. 624. Segundo entendimento doutrinário⁹²⁸, o art. 64 da Lei de Contravenções Penais deve continuar a ser aplicado para animais não silvestres como cães e gatos⁹²⁹

Art. 625. O crime previsto no art.32 da Lei 9.605/98 material depende da ocorrência de resultado naturalístico, portanto se exige perícia.

⁹²³ Caçar, matar, apanhar, vender, guardar, tem em cativeiro ou depósito e outros núcleos.

⁹²⁴ A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios (567, 1ª parte, Código de Processo Penal). Apesar da disposição legal, em se tratando de incompetência absoluta (*ratione materiae* e *ratione personae*), a nulidade pode ser alegada a qualquer momento e anula o processo desde o início. Assim, o princípio do aproveitamento dos atos processuais só diz respeito às nulidades relativas, as quais devem ser alegadas oportunamente. A incompetência absoluta por resultar em anulação de todos os atos processuais pode acarretar em prescrição da pretensão punitiva, em caso de acolhimento da tese.

⁹²⁵ Art. 29, § 2º da Lei 9.605/98.

⁹²⁶ Em suma, é o perdão judicial previsto para os donos de papagaios e animais semelhantes. Animal apegado ao dono. Animal não consegue mais sobreviver na natureza por si mesmo.

⁹²⁷ Maus-tratos a animais silvestres-selvagens, doméstico ou domesticáveis, nativos ou exóticos.

⁹²⁸ Guilherme de Souza Nucci.

⁹²⁹ Art. 64. da Lei de Contravenções Penais – Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa” – este posicionamento é favorável, tendo em vista a pena aplicada para a contravenção penal em cotejo com a pena prevista na Lei de Crimes Ambientais.



SEÇÃO III
DA ATUAÇÃO NOS CRIMES CONTRA A FLORA

SUBSEÇÃO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 626. Os crimes contra a flora que não superarem o limite de 2 (dois) anos de pena privativa de liberdade imposto pelo art. 61 da Lei 9.099/95 não serão da competência do Juizado Especial Criminal.

SUBSEÇÃO II
DA ATUAÇÃO NO CRIME DO ART. 45 DA LEI 9.605/98 ⁹³⁰

Art. 627. O crime previsto no art. 45 da Lei 9.605/98 constitui norma penal em branco.

Parágrafo único. Há dois pontos do tipo penal incriminador que dependem de complementação:

I – a madeira deve ser classificada como “de lei” por ato do poder público;

II – o corte ou transformação da madeira em carvão deve estar em desacordo com a regulamentação extrapenal⁹³¹.

SUBSEÇÃO III
DA ATUAÇÃO NO CRIME DO ART. 46 DA LEI 9.605/98 ⁹³²

Art. 628. O art. 46, *caput*, da Lei 9.605/98 é crime próprio exigindo a qualidade especial ao sujeito ativo, ou seja, para praticar tal delito o sujeito ativo deve ser comerciante ou industrial. Sendo assim, o particular que comprar a carga, não praticaria a infração em destaque⁹³³.

Parágrafo único. O parágrafo único do art. 46 da Lei 9.605/98 é crime próprio exigindo a qualidade especial ao sujeito ativo, ou seja, para praticar tal delito o sujeito ativo deve ser comerciante. Sendo assim, o particular, não comerciante, que comprar ou vender, esporadicamente, por exemplo, lenha, não incorreria no crime em tela⁹³⁴.

⁹³⁰ Cortar ou transformar em carvão madeira de lei em desacordo com as determinações legais.

⁹³¹ SOUZA, Guilherme de. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 2. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 630.

⁹³² Comércio de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal sem licença ou autorização estatal

⁹³³ Segundo Guilherme de Souza Nucci.

⁹³⁴ Segundo Guilherme de Souza Nucci.

SUBSEÇÃO IV
DA ATUAÇÃO NO CRIME DO ART. 48 DA LEI 9.605/98 ⁹³⁵

Art. 629. Segundo dispõe o art. 60 da Lei 12.651/12, a assinatura de termo de compromisso para regularização de imóvel ou posse rural perante o órgão ambiental competente, mencionado no art. 59 da mesma lei, suspenderá a punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, enquanto o termo estiver sendo cumprido.

Parágrafo único. Verificada a hipótese do *caput*, a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva, extinguindo-se a punibilidade com a efetiva regularização do imóvel ou posse rural.

SUBSEÇÃO V
DA ATUAÇÃO NO CRIME DO ART. 49 DA LEI 9.605/98 ⁹³⁶

Art. 630. Segundo entendimento doutrinário, referido dispositivo padece de inconstitucionalidade, tanto na modalidade dolosa quanto na culposa, uma vez fere princípios penais importantes, como o da intervenção mínima e o da proporcionalidade⁹³⁷.

SEÇÃO IV
DA ATUAÇÃO NOS CRIMES CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO
CULTURAL

SUBSEÇÃO ÚNICA
DA ATUAÇÃO NO CRIME DO ART. 65 DA LEI 9.605/98⁹³⁸

Art. 631. Quanto ao ato de pichar ou outro meio de conspurcar edificação ou monumento urbano, responde pelo artigo 65 da Lei nº 9.605/98.

§ 1º Tratando-se de monumento ou coisa tombada, aplicar-se-á o disposto no parágrafo único do art.65 da Lei 9.605/98.

§ 2º Na forma do disposto no art. 65, §2º da Lei 9.605/98, não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber,

⁹³⁵ Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação.

⁹³⁶ Destruir, danificar, lesar ou maltratar, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia.

⁹³⁷ "Haveria mesmo potencialidade lesiva relevante, para tornar-se crime, a destruição a planta ornamental em propriedade privada? (...) Salvo hipótese rara e excepcional, porém não impossível, de destruição maciça de plantas ornamentais de um parque público, por exemplo, o resto é falácia e demagogia pura no contexto da edição das leis penais. Logo, deve-se reconhecer a inconstitucionalidade do art. 49 e sua inaplicabilidade". SOUZA, Guilherme de. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 2. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 634.

⁹³⁸ Pichações.



pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.

CAPÍTULO X DA ATUAÇÃO NOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO DO CÓDIGO PENAL

SEÇÃO I DAS LESÕES CORPORAIS

Art. 632. Os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa são da competência do Juizado Especial Criminal.

Art. 633. Por força do art. 88 da Lei 9.099/95, a ação penal para tais delitos é pública condicionada à representação, nos termos do disposto no art. 88 da Lei 9.099/95.

§ 1º Transcorrido o prazo decadencial de 6 (seis) meses, sem que haja representação da vítima, sugere-se requerer a extinção da punibilidade nos termos no artigo 107, IV, do CP.

§ 2º Admite-se a substituição da pena de detenção pela pena de multa, presentes os requisitos do artigo 129, §5º, do CP.

§ 3º Não obstante entendimento contrário do STJ e STF, estabelece o enunciado 76 do FONAJE⁹³⁹ que a contravenção penal de vias de fato também é de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, uma vez que as vias de fato são subsidiárias ao crime de lesões corporais⁹⁴⁰, não justificando a ação penal para a conduta mais grave ser condicionada, com institutos mais benéficos ao réu, e para a conduta mais branda (vias de fato) ser incondicionada.

Art. 634. No que se refere à lesão corporal culposa, sugere-se observar se a denúncia descreve uma ou mais das modalidades de culpa.

Parágrafo único. Caso ausente tal descrição da conduta culposa, recomenda-se argüir acerca da inépcia da exordial, tendo em vista a impossibilidade do exercício da ampla defesa.

Art. 635. Em observância aos princípios da tipicidade⁹⁴¹ e ofensividade, não se pune a autolesão, ou seja, a conduta que não excede o âmbito do próprio autor.

⁹³⁹ ENUNCIADO 76 – A ação penal relativa à contravenção de vias de fato dependerá de representação (XVII Encontro – Curitiba/PR).

⁹⁴⁰ Se a intenção do agente é apenas agredir (ex.. empurrar a vítima) sem causar qualquer ofensa à incolumidade pessoal, configurará a contravenção de vias de fato (LCP, art. 21). A diferença também reside no dolo do agente. Na lesão corporal, a finalidade do agente é praticar um comportamento que venha, efetivamente, ofender a integridade corporal ou a saúde da vítima; na contravenção penal de vias de fato, embora a conduta também se dirija contra a vítima, não tem a magnitude da primeira.

⁹⁴¹ O tipo penal indica que a vítima será outrem (ser humano).

Art. 636. O princípio da insignificância nas lesões corporais já foi admitido pelo Pretório Excelso no âmbito da justiça Militar⁹⁴², desde que leve a lesão.

§ 1º De acordo com o art. 209, § 6º, do CPM, no caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.

§ 2º A matéria, no entanto, é controversa⁹⁴³. Já decidiu o STJ que não é possível a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de que decorre violência física, ainda mais se ele é praticado no âmbito familiar⁹⁴⁴.

Art. 637. Observar que o art. 129, §4º do CP prevê causas de diminuição de pena de um sexto a um terço se o agente comete o crime de lesões corporais impellido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Art. 638. Na forma do art. 129, §5 do CP, o juiz poderá substituir a pena de detenção pela de multa nas seguintes hipóteses:

I – lesão corporal leve privilegiada;

II – lesões corporais leves recíprocas.

Art. 639. É cabível perdão judicial para o crime de lesão corporal culposa, nos termos do art. 129, §8º do CP⁹⁴⁵.

Art. 640. Segundo entendimento doutrinário⁹⁴⁶ e jurisprudencial⁹⁴⁷ é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos no âmbito do JESP ainda que a infração penal apresente grave ameaça ou violência.

⁹⁴² (STF, 2a T., HC 95445, j. 02/12/2008).

⁹⁴³ Segundo Rogério Greco, dificulta-se a utilização do princípio da insignificância para o crime de lesão corporal leve, considerando a contravenção penal de vias de fato, utilizada invariavelmente como soldado de reserva (princípio da subsidiariedade).

⁹⁴⁴ (STI, 5. T., AgRg no AREsp. 19042/ DF, j. 14/02/2012). O STJ já reconheceu a incidência do princípio no caso de lesão corporal culposa (5a T., RHC 3557/PE, J. 20/04/1994).

⁹⁴⁵ “O perdão judicial poderá ser aplicado quando as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”.

⁹⁴⁶ A primeira indagação que se levanta é a seguinte: Se uma das finalidades da substituição é justamente evitar o encarceramento daquele que teria sido condenado ao cumprimento de uma pena de curta duração, nos crimes de lesão corporal leve, de constrangimento ilegal ou mesmo de ameaça, onde a violência e a grave ameaça fazem partes desses tipos, estaria impossibilitada a substituição? Entendemos que não, pois que se as infrações penais se amoldam àquelas consideradas de menor potencial ofensivo, sendo o seu julgamento realizado até mesmo no Juizado Especial Criminal, seria um verdadeiro contra-senso impedir, justamente nesses casos, a substituição. Assim, se a infração penal for da competência do JESP Criminal, em virtude da pena máxima a ela cominada, entendemos que mesmo que haja o emprego de violência ou grave ameaça será possível a substituição.” – GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 2ed. Ed. Impetus, Niterói/RJ, 2009, pg. 112.

⁹⁴⁷ TJ-RS – Recurso Crime RC 71001454891 RS (TJ-RS) – Data de publicação: 29/11/2007 – Ementa: LESOES CORPORAIS. ARTIGO 129, CÓDIGO PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. Restando comprovadas a materialidade e a autoria do crime de lesões corporais, a condenação é corolário lógico legal.PENA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM VIOLÊNCIA INERENTE AO DELITO.É cabível a substituição da pena por restritiva de direitos, no delito de lesões leves. A grave ameaça ou violência previstas no inciso I do artigo 44 do Código Penal são elementos externos, que se somam aos constitutivos do delito. No delito de lesões a violência é inerente, e no caso não apresentam excessos a impedir a adequada punição prevista para os delitos de menor potencial ofensivo. NEGARAM PROVIMENTO. (Recurso Crime nº 71001454891, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Alberto Delgado Neto, Julgado em 26/11/2007).



SEÇÃO II DA OMISSÃO DE SOCORRO

Art. 641. Se apenas uma pessoa presta socorro à vítima que está em perigo, havendo várias pessoas que poderiam tê-lo feito, não há crime para as outras pessoas, uma vez que a vítima foi socorrida, e, em se tratando de obrigação solidária, o cumprimento do dever por uma delas desobriga todas as demais.

SEÇÃO III DOS MAUS TRATOS

Art. 642. Com a maioridade civil, haverá a cessação da relação de guarda e subordinação. Parágrafo único. Segundo entendimento doutrinário⁹⁴⁸ os pais não estão impossibilitados de corrigir seus filhos moderadamente, mas, sim, completamente proibidos de abusar desse direito, sob pena de serem responsabilizados criminalmente e civilmente (perda ou suspensão do poder familiar – art. 1638, inciso I do Código Civil).

SEÇÃO IV DA RIXA

Art. 643. Para César Roberto Bitencourt, rixa é uma briga entre mais de duas pessoas, acompanhada de vias de fato ou violência recíprocas. Para caracterizá-la é insuficiente a participação de dois contendores, pois aquela se caracteriza exatamente por certa confusão na participação dos contendores, dificultando, em princípio, a identificação da atividade de cada um⁹⁴⁹.

Art. 644. Não cabe falar em rixa quando há simples troca de palavras (injúrias ou ameaças), mas não se exige que os rixosos lutem fisicamente (podem arremessar pedras uns contra os outros, por exemplo) – exigem-se atos de violência.

Parágrafo único. Também não haverá rixa quando possível definir, no caso concreto, dois grupos contrários lutando entre si.

⁹⁴⁸ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 2.ed. Niterói: Impetus, 2009.

⁹⁴⁹ “A finalidade da criação do delito de rixa foi evitar a impunidade que reinaria em muitas situações, onde não se pudesse apontar, com precisão, o autor inicial das agressões, bem como aqueles que agiram em legítima defesa. Por isso, pune-se a simples participação na rixa, de modo que todos aqueles que dela tomaram parte serão responsabilizados por esse delito.” – Rogério Greco.

SEÇÃO V DA CALÚNIA, DA DIFAMAÇÃO E DA INJÚRIA⁹⁵⁰

Art. 645. Nos crimes de calúnia e difamação haverá a consumação quando se atingir a honra objetiva do ofendido⁹⁵¹, enquanto nos crimes de injúria haverá a consumação quando se atingir a honra subjetiva⁹⁵².

Art. 646. Nos crimes contra a honra, além do dolo, os tipos penais exigem o fim especial de agir, qual seja, o firme propósito de ofender⁹⁵³.

Art. 647. São excludentes anímicas:

I – *animus narrandi* (narrar o fato);

II – *animus criticandi* (intenção de criticar de forma justa);

III – *animus defendendi* (intenção de defender-se);

IV – *animus corrigendi* (intenção de corrigir, como ocorre na educação aos filhos pelos pais);

V – *animus jocandi* (intenção de gracejar)⁹⁵⁴.

Art. 648. Por ser a honra um bem jurídico disponível, eventual consentimento do ofendido excluirá o crime, aqui funcionando como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Art. 649. A pessoa jurídica pode ter maculada sua honra objetiva⁹⁵⁵, razão pela qual poderá ser vítima de difamação e de calúnia, sendo que na última hipótese apenas quando a ela for imputado falsamente crime ambiental⁹⁵⁶.

⁹⁵⁰ Eis o quadro comparativo dos crimes contra a honra:

	Calúnia	Difamação	Injúria
Atribuição de qualidade negativa	Ofende a honra objetiva	Ofende a honra objetiva	Ofende a honra subjetiva
Consuma-se quando terceiro toma conhecimento	Consuma-se quando terceiro toma conhecimento	Consuma-se quando a vítima toma conhecimento	Consuma-se quando a vítima toma conhecimento
Não admite o art. 142 do CP	Admite o art. 142 – exclusão de crime	Admite o art. 142 – exclusão de crime	Admite o art. 142 – exclusão de crime
Admite-se a retratação (art. 143 CP)	Admite-se a retratação (art. 143 CP)	Não se admite a retratação	É punível a injúria contra os mortos
Não é punível a injúria contra os mortos	Não é punível a difamação contra os mortos	Não é punível a injúria contra os mortos	Em regra, admite-se a exceção da verdade (salvo Presidente da República e Chefe de Estado estrangeiro)
A exceção da verdade somente é admitida se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções	Não se admite a exceção da verdade.		

⁹⁵¹ Honra Objetiva (Externa): é o conceito que o indivíduo possui perante seus pares em relação aos seus atributos morais, éticos, físicos, intelectuais. Refere-se ao apreço e respeito da pessoa no grupo social. É em suma a reputação social da pessoa.

⁹⁵² Honra Subjetiva (Interna): é o conceito que o indivíduo possui de sua própria dignidade (qualidades morais) e decoro (físicas intelectuais). Trata-se do autoconceito dos atributos morais, éticos, físicos e intelectuais. Amor-próprio, autoestima.

⁹⁵³ *Animus caluniandi, animus difamandi e animus injuriandi.*

⁹⁵⁴ HC 98237 / SP – SÃO PAULO – HABEAS CORPUS – Relator (a): Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 15/12/2009 – Órgão Julgador: Segunda Turma – STF – “A necessidade de narrar, de defender e de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos delitos contra a honra. A questão das excludentes anímicas.

⁹⁵⁵ Tanto que existe a possibilidade de receber dano moral em caso de ofensa (Súmula 227, STJ): a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.)

⁹⁵⁶ Art. 225, §3º da CF c/c Lei 9.605/98.



Parágrafo único. Por não possuir honra subjetiva, a pessoa jurídica não pode ser vítima de injúria⁹⁵⁷.

Art. 650. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

SEÇÃO VI DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Art. 651. Trata-se de delito de competência do Juizado Especial Criminal, tendo em vista a pena máxima cominada, 1 (um) ano, razão pela qual sugere-se seja elaborado pedido de encaminhamento dos autos para seu juízo natural ou, caso a comarca não seja provida de Vara do Juizado Especial, seja designada audiência para aplicação dos institutos da transação penal ou da suspensão condicional do processo, conforme o caso concreto.

Art. 652. Observar se a denúncia imputa ao assistido o delito de constrangimento ilegal em concurso material com os crimes de roubo majorado pela restrição de liberdade ou de extorsão, exemplificativamente.

Parágrafo único. Na hipótese do *caput*, recomenda-se a observância quanto ao princípio da especialidade, tendo em vista o conflito de normas, afastando-se, pois, o concurso de crimes.

Art. 653. O tipo penal em questão é subsidiário em relação ao demais, sendo certo, ainda, que o bem jurídico tutelado não é o patrimônio e sim a liberdade individual.

Parágrafo único. Só ocorrerá o crime de constrangimento ilegal quando a privação da liberdade da vítima não tiver outra finalidade específica. Caso assim não se entendesse, estaria caracterizado o *bis in idem*.

Art. 654. Atentar para a ocorrência, ou não, da gravidade da ameaça exigida pelo tipo penal. Parágrafo único. Caso a prova amealhada nos autos demonstre a ausência da elementar grave ameaça exigida no crime em questão, em virtude da pronta e imediata reação da vítima à conduta praticada pelo processado, por exemplo, resta descaracterizado o crime em comento.

Art. 655. É viável a tese de desclassificação do crime de roubo para o delito de constrangimento ilegal, invocando-se o princípio da insignificância, quando se mostra irrelevante a lesão ao patrimônio da vítima.

Art. 656. Se o constrangimento ilegal⁹⁵⁸ for utilizado para pretensão legítima, haverá o crime de exercício arbitrário das próprias razões previsto no art. 345 do CP.

⁹⁵⁷ Posição de Rogério Greco, Alexandre Salim e Marcelo André Azevedo.

⁹⁵⁸ Violência ou grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência da vítima.

Parágrafo único. Se o delito de exercício arbitrário das próprias razões for efetivado por grave ameaça⁹⁵⁹, o crime será de ação penal privada⁹⁶⁰.

SEÇÃO VII DA AMEAÇA

Art. 657. O crime de ameaça protege a liberdade psíquica de agir, sendo de ação penal pública condicionada à representação.

§ 1º Vítima deve ser determinada.

§ 2º Não há ameaça contra a sociedade como um todo.

Art. 658. Pessoa jurídica não pode ser vítima de ameaça.

Art. 659. O mal anunciado pelo agente deve ser injusto. Se for justo, não haverá crime⁹⁶¹.

Art. 660. O mal anunciado deve ser grave, ou seja, capaz de intimidar a vítima.

Parágrafo único. Não será considerada grave:

I – a ameaça de promessa impossível de caracterizar;

II – a ameaça sem poder intimidatório;

III – a ameaça abstrata⁹⁶².

Art. 661. A ameaça efetivada com *animus jocandi* ou proferida como mera brincadeira exclui o dolo.

Art. 662. O estado de ira e a embriaguez, em regra não excluem o dolo.

Parágrafo único. Para Rogério Greco, o estado de ira ou cólera não interfere na tipicidade do crime de ameaça. Em sentido contrário, Fragoso e Carrara (por não configurar o dolo em intimidar).

Art. 663. Em regra, a embriaguez não exclui a culpabilidade. Entretanto, o bêbado pode proferir ameaças, em razão de seu estado de embriaguez, sem que ninguém leve a sério as palavras ditas por ele, portanto, ausente caráter intimidatório.

⁹⁵⁹ Não havendo emprego de violência física.

⁹⁶⁰ Art. 345, parágrafo único do CP.

⁹⁶¹ Ex.: ameaçar contatar a polícia para alguém que esteja perturbando sossego com gritaria ou algazarra.).

⁹⁶² Ex: “algo de ruim pode acontecer”.



SEÇÃO VIII DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

Art. 664. Se o agente, por equívoco, entra em casa⁹⁶³ alheia achando que é a sua, há exclusão do dolo.

Art. 665. Ocorre a consumação quando o agente ingressa completamente na casa da vítima, ou, quando, ciente de que deve sair, não o faz por tempo juridicamente relevante.

Art. 666. Se a casa estiver desabitada, não há se falar em agressão ao bem jurídico⁹⁶⁴.

SEÇÃO IX DO DANO

Art. 667. O crime de dano simples é de competência do Juizado Especial Criminal, razão pela qual se sugere seja elaborado pedido de encaminhamento dos autos para seu juízo natural ou, caso a comarca não seja provida de vara do Juizado Especial, seja designada audiência para aplicação dos institutos da transação penal ou da suspensão condicional do processo, conforme o caso concreto.

§ 1º A ação penal é privada para o crime de dano simples e para o crime de dano cusado por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima. Nas demais hipóteses qualificadas, a ação é pública incondicionada.

§ 2º Transcorrido o prazo decadencial de 6 (seis) meses, sem que haja representação da vítima, sugere-se requerer a extinção da punibilidade nos termos no artigo 107, IV, do CP.

Art. 668. Observar se foi carreado ou não aos autos o necessário laudo pericial de constatação de danos, uma vez tratar-se de delito material.

§ 1º Caso ausente referido laudo sugere-se argumentar acerca da ausência de justa causa, face sua imprescindibilidade à comprovação da materialidade do crime de dano.

§ 2º Cabe ao Estado-acusador a produção da prova pericial, visto tratar-se de crime que deixa vestígios, não sendo suprida por eventual confissão do processado ou pela prova testemunhal.

§ 3º Por força do disposto no artigo 158 do CPP, nos casos como nos de crimes de dano, o exame de corpo de delito é indispensável e a omissão de sua confecção conduz à absolvição

⁹⁶³ “Expressão ‘casa’ ou ‘dependências da casa’ – ‘devem entender-se os lugares acessórios ou complementares da moradia ou habitação: jardim, quintal, garagem, pátio, adega, etc. Claro é que tais lugares não devem ser franqueados ao público. Por vezes encontramos em bairro de ricas residências jardins não cercados, que não serão, por isso, dependências, mesmo porque neles não se entra. O que caracteriza dependência, além do que se disse, é o fato de se avizinhar da moradia e corresponder as necessidades da atividade nesta desenvolvida. Assim, de extensíssimo parque, pertencente a plurocrata, que tem uma distância de 5 km da casa um abrigo rústico qualquer; se alguém aí penetrar, não viola o domicílio, por não perturbar a paz do proprietário.” Edgard Magalhães Noronha.

⁹⁶⁴ Tranquilidade doméstica.

do acusado em virtude da ausência da prova da materialidade do crime⁹⁶⁵.

§ 4º Suscitar nulidade quando verificada ausência da prova técnica, nos termos do disposto no artigo 564, III, “b”, do CPP, de forma a realizar o prequestionamento da matéria.

Art. 669. Admite-se a aplicação do princípio da insignificância no delito de dano, seja ele simples ou qualificado⁹⁶⁶.

Art. 670. Não há modalidade culposa de dano, salvo no Código Penal Militar⁹⁶⁷ e na Lei de Crimes Ambientais⁹⁶⁸.

Art. 671. Segundo Nelson Hungria, exige-se o crime de dano exige o fim especial de agir⁹⁶⁹, qual seja, intenção de causar prejuízo à vítima⁹⁷⁰.

⁹⁶⁵ Processo: Apelação Criminal 1.0324.13.014081-1/001 0140811-20.2013.8.13.0324 (1) Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac. Data de Julgamento: 27/01/2015. Data da publicação da súmula: 06/02/2015

EMENTA: RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRIME DE DANO. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE. Inexistindo nos autos, até a prolação da sentença, laudo pericial comprovando o dano causado pelo agente, bem como a eficiência e prestabilidade da munição apreendida, a manutenção da sentença absolutória é medida que se impõe.

⁹⁶⁶ Processo: Apelação Criminal 1.0525.09.178721-4/001 1787214-96.2009.8.13.0525 (1) Relator(a): Des.(a) Nelson Missias de Moraes. Data de Julgamento: 06/09/2012. Data da publicação da súmula: 17/09/2012

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – POSSIBILIDADE – DANIFICAÇÃO DE UMA TORNEIRA DE ÁGUA – PREJUÍZO ÍNFIMO – IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL – AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO – REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE – RÉU REINCIDENTE – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO – ABSOLVIÇÃO EMPREENDIDA – RECURSO PROVIDO.

– Pelo princípio da insignificância, é necessário que haja proporção entre a gravidade da conduta que se pretende punível e a proporção da intervenção estatal, não sendo, portanto, a ofensa a determinados bens jurídicos suficiente para a configuração do injusto penal, por não apresentarem nenhuma relevância material.

– Não configuradas a lesividade da conduta do agente e a periculosidade social da ação, sendo mínima a ofensividade da conduta e reduzido o seu grau de reprovabilidade, cabível a aplicação do princípio da insignificância para absolver o acusado quanto ao delito de dano ao patrimônio público, cujo prejuízo foi avaliado em R\$ 10,00 (dez reais).

– A constatação da circunstância agravante da reincidência dos embargantes, por si só, não impede o reconhecimento da insignificância.

⁹⁶⁷ Art. 266 e 383, PU do CPM.

⁹⁶⁸ Arts. 38, 38-A, PU; 48, PU e 62, PU da Lei 9.605/98.

⁹⁶⁹ Nesse sentido, o STJ absolveu preso que serrou grades da cela para fugir, uma vez que seu dolo não era de causar prejuízo patrimonial ao Estado, mas sim de evadir-se da unidade prisional. “PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE DANO. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DOLO ESPECÍFICO. NECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da imprescindibilidade do dolo específico para a configuração do crime de dano. 2. Não resta configurado o delito previsto no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal na hipótese em que os presos serram as grades da cadeia com o intuito de fugir, porque ausente o animus nocendi. 3. Ordem concedida para trancar a Ação Penal 041.06.500772-8, expedindo-se aos pacientes o respectivo alvará de soltura.” – HC 135188 / MS – HABEAS CORPUS – 2009/0081616-4 – 5ª Turma – STJ – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – data do julg. 15/10/2009

⁹⁷⁰ *Animus nocendi*.



SEÇÃO X DA RECEPÇÃO CULPOSA

Art. 672. Na receptação culposa, se o agente é primário, deve o juiz, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena – perdão judicial (art. 180, § 5º)⁹⁷¹.

Parágrafo único. Não há crime quando o valor da coisa for superior, próximo ou baixo, desde que, na última hipótese, não seja vil.

Art. 673. É necessário que se identifique o delito antecedente para se punir pelo crime de receptação⁹⁷².

SEÇÃO XI DO ATO OBSCENO E DO ESCRITO OU OBJETO OBSCENO

Art. 674. Ato obsceno é aquele contrário ao sentimento médio de pudor da sociedade, devendo ter um mínimo de conotação sexual.

Parágrafo único. Trata-se de elemento que depende de um juízo axiológico/valorativo para a compreensão do seu significado, o que conduz à imprecisão e vagueza do tipo, e, por conseguinte, arranha o princípio da taxatividade.

Art. 675. Pela aplicação do princípio de adequação social admite-se a nudez em praia de nudismo ou topless em desfiles de carnaval.

Art. 676. De acordo com entendimento doutrinário⁹⁷³, a publicidade no crime de ato obsceno é crucial para a configuração da figura típica.

Art. 677. O tipo penal de escrito ou objeto obsceno é de difícil incidência uma vez que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX da CF).

Parágrafo único. Observar que ofertas com conteúdo sexual proliferam hoje nos mais diversos meios de comunicação, anunciando casas eróticas, shows, sex shops e produtos análogos, sendo que o Poder Público, além de não vedá-las, ainda auferem vantagem com cobrança de taxas e impostos, fatos que podem afastar a aplicação do referido tipo penal⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ “Prática receptação culposa quem adquire coisa de menor de 10 anos de idade, desconhecido, pagando menos de 10% do valor da coisa” (RT 713/358).

⁹⁷² (RT 780/688) – “Somente se comprovado o crime anterior (ex.: furto, roubo) é que se poderá concluir pela receptação praticada pelo agente, não importando se o seu autor é desconhecido, ou, mesmo, isento de pena”.

⁹⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 12.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 1019: “Se o agente pratica ato obsceno em lugar público, pela sua natureza, mas completamente longe das vistas de qualquer pessoa, é crime impossível. Não tem cabimento punir-se o agente que fica nu no meio de um estádio de futebol vazio, durante a madrugada, sem que ninguém tenha visto o seu ato.”

⁹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 12.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 1021.

SEÇÃO XII DA INCITAÇÃO AO CRIME E DA APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO

Art. 678. A incitação ao crime há de ser pública, permitindo alcançar um número indeterminado de pessoas, razão pela qual não haverá a infração quando a incitação ocorrer em locais reservados⁹⁷⁵.

Art. 679. A incitação deve ser de crime determinado.

Parágrafo único. Se o fato for genérico ou indeterminado não configura o crime.

Art. 680. Para o delito de apologia de crime ou criminoso, exige-se a publicidade.

Parágrafo único. As manifestações decorrentes da liberdade de opinião e pensamento⁹⁷⁶ não constituem delito de apologia de crime ou criminoso.

SEÇÃO XIII DA RESISTÊNCIA, DA DESOBEDIÊNCIA E DO DESACATO

Art. 681. Aplica-se o princípio da consunção na ocorrência das figuras típicas da resistência, desobediência e desacato⁹⁷⁷.

Art. 682. Para a configuração do crime de resistência, exige-se uma oposição ativa do agente, caso contrário, ou seja, em caso de oposição passiva ou resistência passiva⁹⁷⁸, poder-se-á caracterizar o crime de desobediência.

Art. 683. A ação de espernear ou esbravejar contra policial, ao ser preso, não configura crime de resistência⁹⁷⁹.

⁹⁷⁵ Ex.: ambiente familiar e interior de uma pequena empresa.

⁹⁷⁶ “O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de não-conhecimento da arguição e a de ampliação do objeto da demanda. No mérito, também por unanimidade, o Tribunal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” – ADPF 187 – STF

⁹⁷⁷ Ementa: APELAÇÃO-CRIME. DESOBEDIÊNCIA. DESACATO E RESISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE. PRÁTICA SIMULTÂNEA. DELITOS SUBSUMIDOS PELO MAIS GRAVE. Fatos ocorridos em um mesmo contexto temporal, em progressão criminosa. Prática dos delitos de desobediência e resistência subsumida pelo delito de desacato. Pena alterada. Apelo parcialmente provido. Unânime. (Apelação Crime nº 70038641270, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 21/10/2010)

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – DESOBEDIÊNCIA, DESACATO E RESISTÊNCIA – CONDUTAS REALIZADAS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO TEMPORAL – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – REGIME PRISIONAL ABRANDADO – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE – DE OFÍCIO REDUZIDA A PENA-BASE, RECONHECIDA A ATENUANTE DA CONFISSÃO. Demonstrado que os crimes meio (desacato e desobediência) foram cometidos somente para a concretização do delito-fim (resistência), no mesmo contexto fático, pelo princípio da consunção deve o terceiro absorver os dois primeiros, sendo necessário reformar a sentença, sobejando apenas a condenação pelo delito de resistência. – TJ-MS – Apelação APL 00037187320118120110 MS 0003718-73.2011.8.12.0110 (TJ-MS) – Data de publicação: 04/12/2013

⁹⁷⁸ TACrSP, Julgados 74/261; TAMG, Ap. 18.261, j. 28.11.89; TARS, RF264/344.

⁹⁷⁹ TACrSP, Julgados 66/345.



Art. 684. A violência constante no crime de resistência deve ser dirigida em face de uma pessoa, se for contra a coisa⁹⁸⁰, deverá responder por dano qualificado.

Art. 685. A fuga à voz de prisão não tipifica crime de desobediência, pois é instinto de liberdade e não vontade de desobedecer⁹⁸¹.

Art. 686. Não há desobediência no descumprimento ou resistência a ordem ilegal ou dada sem respeito às formalidades legais; dessa forma, se o funcionário dá ordem arbitrária, não pode pretender sua obediência^{982 983}.

Art. 687. Não configura o delito de desobediência quando a lei comina penalidade administrativa ou civil para o descumprimento da ordem⁹⁸⁴.

Art. 688. No crime de desacato, há a necessidade da presença do sujeito passivo, ou seja, o fato deve ser praticado na presença da vítima.

SEÇÃO XIV DO EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES

Art. 689. No caso de o delito de exercício arbitrário das próprias razões ter sido realizado mediante grave ameaça⁹⁸⁵, a ação penal será de iniciativa privada com prazo decadencial de 06 (seis) meses a contar do conhecimento da autoria, sob pena de decadência e extinção da punibilidade.

⁹⁸⁰ Ex.: preso que quebra a viatura policial.

⁹⁸¹ (TJSP, mv — RJTJSP71/317; TACrSP, RT555/374).

⁹⁸² TACrSP, RT 586/334.

⁹⁸³ O juiz André Vaz Porto Silva, titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barra Mansa, no Rio de Janeiro, utilizou versos de uma música da banda norte-americana Rage Against The Machine para absolver um réu acusado de desacato por policiais militares. Na epígrafe da decisão, o magistrado escreveu “Fuck you/I won’t do what they tell me” (“Foda-se, não vou fazer o que eles mandam”, na tradução para o português), do hit Killing in the name. As informações são do Extra. Segundo o portal, policiais disseram que o réu Wellington André Ferreira se recusou “a obedecer ordem dos PMs no sentido de encostar na parede para ser revistado, e por tê-los desacatado ao dizer ‘vão se foder, eu conheço meus direitos, vão tomar no cu, seus filhos da puta’”. O juiz, entretanto, não se convenceu com a versão dos agentes, cujos depoimentos apresentavam “inconsistências. “Constato que a ordem emanada dos policiais — para que o acusado assentisse com sua revista pessoal — revestiu-se de duvidosa legalidade”, argumentou o magistrado. “Regras corruptas não merecem obediência”, adicionou. Ainda de acordo com o Extra, na sentença, que data de agosto, o juiz afirma que as abordagens policiais têm motivações “racistas e classistas”: “essa espécie de procedimento, como informam as próprias regras de experiência, marcam o dia a dia da atividade policial, visto materializarem a incidência seletiva do sistema penal em termos de criminalização secundária por seus critérios tipicamente racistas e classistas”. – <http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/09/juiz-cita-rage-against-the-machine-para-absolver-reu-acusado-de-desacato/>.

⁹⁸⁴ Entendimento defendido por Nelson Hungria. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. 1. O crime de desobediência é um delito subsidiário, que se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual. 2. O descumprimento das medidas protetivas emanadas no âmbito da Lei Maria da Penha, admite requisição de auxílio policial e decretação da prisão, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal, afastando a caracterização do delito de desobediência. 3. Agravo regimental improvido. – STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1476500 DF 2014/0207599-7 (STJ) – Data da publicação: 19/11/2014.

⁹⁸⁵ Ex.: cobrança de dívida do devedor mediante ameaça.

SEÇÃO XV DO FAVORECIMENTO PESSOAL

Art. 690. Não é punido o agente do favorecimento pessoal quando, por razões de política criminal e motivos de ordem sentimental e humanitária, for ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do delinquente⁹⁸⁶.

Art. 691. Caso o autor de crime, que não esteja em flagrante delito, esteja refugiado em casa alheia, a autoridade policial somente pode ingressar no domicílio durante o dia para cumprir o mandado⁹⁸⁷.

SEÇÃO XVI DA EVASÃO MEDIANTE VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA

Art. 692. A fuga sem violência torna o fato atípico.

Art. 693. A prisão há de ser legal, uma vez que se for ilegal, tem-se o direito do preso de fugir e quem o impedir estará praticando uma agressão injusta, passível de ser contraposta pela legítima defesa⁹⁸⁸.

SEÇÃO XVII DO MOTIM DE PRESOS

Art. 694. A doutrina exige pelo menos quatro presos para a configuração de tal delito⁹⁸⁹.

Art. 695. Para caracterização do delito o agente deve ter como objetivo causar perigo efetivo ou concreto para pessoas ou coisas indeterminadas.

⁹⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2012, p. 1277.

⁹⁸⁷ Art. 5º, XI da CF.

⁹⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2012, p. 1285.

⁹⁸⁹ Ementa: APELAÇÃO. MOTIM DE PRESOS. DELITO MULTITUDINÁRIO. INADEQUAÇÃO TÍPICA NO CASO CONCRETO. APENAS TRÊS AGENTES QUE CONCORRERAM PARA A AÇÃO. ABSOLVIÇÃO. INCÊNDIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA VONTADE E CONSCIÊNCIA DE PROVOCAR PERIGO PARA UM NÚMERO INDETERMINADO DE PESSOAS E PATRIMÔNIOS. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSOS DEFENSIVOS PROVIDOS. PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL. Para a caracterização do delito de motim de presos é necessário que concorram vários agentes, tendo em vista seu caráter multitudinário, não bastando a ação de apenas três detentos. O objeto jurídico do crime de incêndio é a incolumidade pública, isto é, a segurança e a tranquilidade de um número indeterminado de pessoas. Assim, para sua caracterização, não basta que os agentes tenham ateado fogo em algum objeto, provocando a destruição de parte de algum patrimônio. Efetivamente, é necessário que os agentes tenham agido imbuídos de vontade e consciência de causar perigo efetivo ou concreto para pessoas ou coisas indeterminadas." – TJMG – Processo: APR 10499120032945001 MG – Relator(a): Alexandre Victor de Carvalho – Julgamento:02/09/2014 – Órgão Julgador:Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL – Publicação: 08/09/2014.



CAPÍTULO XI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS – DECRETO LEI 3.688/41

SEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 696. A contravenção penal só admite prisão simples⁹⁹⁰ (art. 5º e 6º da LCP) e multa⁹⁹¹.
Parágrafo único. A prisão simples jamais será cumprida em regime fechado, nem mesmo por intermédio da regressão.

Art. 697. A contravenção penal só é perseguida mediante ação penal pública incondicionada⁹⁹², salvo na contravenção penal de vias de fato⁹⁹³, por interpretação analógica ao crime de lesão corporal⁹⁹⁴.

Art. 698. Ocorrerá a reincidência no âmbito das contravenções penais quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção⁹⁹⁵.

Art. 699. Em se tratando de contravenção penal, a tentativa não é punível⁹⁹⁶.

Art. 700. No caso de contravenção, o limite de cumprimento da pena é de 5 (cinco) anos⁹⁹⁷

Art. 701. Sobre a Lei de Contravenções Penais:

I – tratando-se de desconhecimento da lei⁹⁹⁸, desde que escusável, aplica-se o perdão judicial;

⁹⁹⁰ Art. 6º do Dec. Lei 3.688/41 – “A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)
§ 1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção. § 2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada, não excede a quinze dias.”

⁹⁹¹ Há contravenções penais que só fazem previsão da pena de multa. No tocante à prescrição, lembre-se que “a prescrição da pena de multa ocorrerá: I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada; e II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.” – art. 114 do Código Penal.

⁹⁹² Art. 17 da LCP.

⁹⁹³ Art. 21 da LCP.

⁹⁹⁴ Art. 129, caput do CP c/c art. 88 da Lei 9.099/95. A Ação Penal para a contravenção penal de vias de fato “deve ser pública condicionada. Embora o art. 17 desta Lei estabeleça que todas as contravenções proporcionam ação penal pública incondicionada, não há sentido algum em se manter esse dispositivo. Ocorre que, a partir de 1995, com a edição da Lei 9.099/95, a lesão corporal simples e a lesão corporal culposa dependem da representação da vítima para que o órgão acusatório possa atuar (ação penal pública condicionada). Ora, se o mais (lesão corporal) demanda autorização do ofendido, é óbvio que o menos (vias de fato) também deve exigir representação.” – NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Comentadas. Vol. 1. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pg. 111.

⁹⁹⁵ Art. 7º, da LCP.

⁹⁹⁶ Art. 4º, da LCP.

⁹⁹⁷ Art. 10, da LCP.

⁹⁹⁸ No Código Penal, o desconhecimento da lei é inescusável (art. 21 do CP).

II – cuidando-se de erro de proibição (conhecimento sobre o conteúdo da norma, se a conduta é proibida ou se é permitida), quando escusável, absolve-se, por ausência de culpabilidade⁹⁹⁹.

SEÇÃO II DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS EM ESPÉCIE

SUBSEÇÃO I DO FABRICO, COMÉRCIO OU DETENÇÃO DE ARMAS E MUNIÇÃO

Art. 702. Para armas de fogo e munição, aplica-se o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03).

Art. 703. No tocante às armas brancas próprias¹⁰⁰⁰ e impróprias¹⁰⁰¹, não há falar na referida contravenção pois não há lei disciplinando a concessão de autorização da autoridade para a fabricação, importação, exportação, depósito ou venda de uma faca de cozinha, por exemplo¹⁰⁰².

SUBSEÇÃO II DO PORTE DE ARMA

Art. 704. No tocante às armas de fogo, aplica-se o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03).

Parágrafo único. Para a configuração da infração penal, a lei exige um complemento “licença da autoridade”, a qual inexistente em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual a punição de alguém por porte de arma branca fere de morte o princípio da legalidade¹⁰⁰³.

SUBSEÇÃO III DAS VIAS DE FATO

Art. 705. A contravenção de vias de fato é subsidiária ao crime de lesão corporal previsto no art. 129, *caput* do CP.

⁹⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 97.

¹⁰⁰⁰ Destinadas ao ataque e à defesa, por exemplo um punhal, um soco inglês.

¹⁰⁰¹ Destinadas a outras funções, mas que podem servir para atacar e defender, por exemplo um faca de cozinha, martelo e machado.

¹⁰⁰² Ressalte-se que o tipo penal dispõe que “fabricar, importar, exportar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição. Pena – prisão simples, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, ou multa...” (art. 18 da LCP). Segundo Nucci, como não há lei para regulamentar a “permissão da autoridade” não há se falar em tipicidade para configurar tal conduta no tocante às armas brancas próprias ou impróprias. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 104.

¹⁰⁰³ De acordo com Guilherme de Souza Nucci, “não há lei regulamentando o porte de arma branca de que tipo for. Logo, é impossível conseguir licença da autoridade para carregar consigo uma espada. Segundo o disposto no art. 5º, inciso II da CF, ‘ninguém é obrigado a fazer alguma coisa ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ ” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 106.



§ 1º Se a intenção do agente é apenas agredir¹⁰⁰⁴ sem causar qualquer ofensa à incolumidade pessoal, restará configurada contravenção de vias de fato.

§ 2º A diferença também reside no dolo do agente. Na lesão corporal, a finalidade do agente é praticar um comportamento que venha, efetivamente, ofender a integridade corporal ou a saúde da vítima; na contravenção penal de vias de fato¹⁰⁰⁵, embora a conduta também se dirija contra a vítima, não tem a magnitude da primeira.

Art. 706. A ação penal para a contravenção penal de vias de fato é pública condicionada¹⁰⁰⁶.

SUBSEÇÃO IV DO INSTRUMENTO DE EMPREGO USUAL NA PRÁTICA DE FURTO E DA VIOLAÇÃO DE LUGAR OU OBJETO

Art. 707. A punição por tais condutas viola o princípio da intervenção mínima no Direito Penal¹⁰⁰⁷.

Parágrafo único. Pode-se contestar tais infrações pois visam a punir fases de cogitação ou preparação, o que não se permite nos termos do art. 14, incisos I e II do CP.

Art. 708. De acordo com o STF¹⁰⁰⁸, não houve recepção do art. 25¹⁰⁰⁹ da Lei de Contravenções Penais pela CR/88.

¹⁰⁰⁴ Ex. empurrar a vítima.

¹⁰⁰⁵ Ex.: puxão de cabelo; empurrar a vítima; tapa na cara; sacudir a vítima; etc.

¹⁰⁰⁶ Embora o art. 17 desta Lei estabeleça que todas as contravenções proporcionam ação penal pública incondicionada, não há sentido algum em se manter esse dispositivo. Ocorre que, a partir de 1995, com a edição da Lei 9.099/95, a lesão corporal simples e a lesão corporal culposa dependem da representação da vítima para que o órgão acusatório possa atuar (ação penal pública condicionada). Ora, se o mais (lesão corporal) demanda autorização do ofendido, é óbvio que o menos (vias de fato) também deve exigir representação.” – NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 1. 8.e d. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 111.

¹⁰⁰⁷ Guilherme de Souza Nucci. Contudo, há jurisprudência que admite punição pela prática de tais condutas.

¹⁰⁰⁸ RE 583523 / RS – RIO GRANDE DO SUL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Relator(a): Min. GILMAR MENDES – Julgamento: 03/10/2013 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – “Recurso extraordinário. Constitucional. Direito Penal. Contravenção penal. 2. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência. 3. Aplicação da sistemática da repercussão geral – tema 113, por maioria de votos em 24.10.2008, rel. Ministro Cezar Peluso. 4. Ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva antes da redistribuição do processo a esta relatoria. Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravençional pela Constituição Federal antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente. 5. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III, e 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal de 1988. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.” – Segundo Min. Gilmar Mendes, “não há como deixar de reconhecer o anacronismo do tipo penal que estamos a analisar. Não se pode admitir a punição do sujeito apenas pelo fato do que ele é, mas pelo que faz” (...) “Acolher o aspecto subjetivo como determinante para caracterização da contravenção penal equivale a criminalizar, em verdade, a condição pessoal e econômica do agente, e não fatos objetivos que causem relevante lesão a bens jurídicos importantes ao meio social”.

¹⁰⁰⁹ Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto.

SUBSEÇÃO V DA FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO

Art. 709. De acordo com a súmula 720 do STF, o art. 309 do CTB, que reclama decorra do fato perigo de dano, derrogou o art. 32 da Lei de Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação, em vias terrestres.

Parágrafo único. Remanesce apenas a figura relativa à direção de embarcação a motor em águas públicas.

Art. 710. Trata-se de crime de perigo que consuma-se com a possibilidade de lesão ao bem jurídico.

Parágrafo único. Cria-se uma infração penal de perigo para que seja levada a efeito a punição do agente antes que seu comportamento perigoso venha, efetivamente, causar dano ou lesão ao bem juridicamente protegido. Dessa forma, os crimes de perigo são, em geral, de natureza subsidiária, sendo absorvidos (princípio da consunção – conflito aparente de normas penais) pelos crimes de dano quando estes vierem a acontecer¹⁰¹⁰.

SUBSEÇÃO VI DA DIREÇÃO PERIGOSA DE VEÍCULO NA VIA PÚBLICA

Art. 711. Há julgados com entendimento de que esta conduta está regulamentada pelo art. 311 do CTB (Lei 9.503/97), o qual exige o perigo concreto para a sua consumação¹⁰¹¹.

SUBSEÇÃO VII DA ASSOCIAÇÃO SECRETA

Art. 712. É defensável suscitar a inconstitucionalidade do dispositivo com base no disposto no art. 5º, XVII da CR/88¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ Perigo Concreto: necessita de comprovação do perigo (art. 309, Código de trânsito); Perigo Abstrato ou Presumido: dispensa a comprovação do perigo (exemplo: art. 14 da Lei 10.826/03 – porte ilegal de arma de fogo; art. 306, CTB – embriaguez ao volante).

¹⁰¹¹ “APELAÇÃO CRIME. CONTRAÇÃO PENAL. ART. 34 DECRETO-LEI 3.688/41. DERROGAÇÃO. 1- O artigo 34 da Lei das Contravenções Penais foi derrogado pelo Código de Trânsito Brasileiro no que tange às vias terrestres. 2- Os crimes de trânsito equivalentes caracterizam-se por perigo de dano concreto não descrito na denúncia ou comprovado nos autos. 3- Conduta que caracteriza tão somente infração administrativa (art. 175, CTB). RECURSO PROVIDO”. (Recurso Crime nº 71001624766, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais/RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 02/06/2008).

¹⁰¹² “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”



SUBSEÇÃO VIII DA PROVOCAÇÃO DE TUMULTO – CONDUTA INCONVENIENTE

Art. 713. De acordo com entendimento doutrinário, a simples provocação de tumulto ou a adoção de conduta inconveniente não precisa ser considerada conduta penalmente relevante, bastando a aplicação da pena de uma multa¹⁰¹³.

SUBSEÇÃO IX DA PERTURBAÇÃO DO TRABALHO OU SOSSEGO ALHEIOS

Art. 714. Segundo o entendimento do STF¹⁰¹⁴, o sujeito passivo é a coletividade¹⁰¹⁵, sendo assim a perturbação para configurar tal contravenção penal deverá atingi-la.

SUBSEÇÃO X DOS JOGOS DE AZAR

Art. 715. Segundo entendimento doutrinário, a manutenção do art.50 da LCP ofende o princípio da intervenção mínima e evidencia o grau de ineficácia do Direito Penal¹⁰¹⁶. , Parágrafo único. Deve o Defensor Público, sem prejuízo do disposto no *caput*, postular pela aplicação do princípio da adequação social para as seguintes práticas de jogos de azar:

I – bingos patrocinados por instituições de caridade, com o único intuito de arrecadar fundos para a manutenção das entidades.

II – bolões¹⁰¹⁷ realizados por particulares com frequência em empresas e até mesmo em repartições públicas.

Art. 716. É possível a alegação do princípio da insignificância, por exemplo quando houver um número diminuto de “jogadores” ou “apostadores” com realização esporádica dos jogos.

¹⁰¹³ (...) Levar o caso à esfera criminal fere o princípio da intervenção mínima, podendo, inclusive, representar o cerceamento de um direito constitucional, como a liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV da CF) ou da liberdade de expressão (art. 5º, IX da CF) – NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 143

¹⁰¹⁴ HC 85.032-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17.05.2005, v.u. – “EMENTA: Habeas Corpus. 2. Contravenção Penal. 3. Perturbação do Trabalho ou Sossego Alheios. 4. Atipicidade da conduta. 5. Ausência de perturbação à paz social. 6. Falta de justa causa. 7. Ordem concedida.”

¹⁰¹⁵ Uma vez que se protege a paz pública com esta infração penal.

¹⁰¹⁶ “não há mais sentido em se manter vigente a contravenção do art. 50 da Lei de Contravenções Penais por variadas razões. Em primeiro plano, invocando o princípio da intervenção mínima, não há fundamento para o Estado interferir, valendo-se do Direito Penal, na vida privada do cidadão que deseja aventurar-se em jogos de azar. O correto seria regularizar e legalizar os jogos, afinal, inúmeros são aqueles patrocinados pelo próprio Estado, como loterias em geral. Em segundo lugar, havendo a previsão da contravenção e inexistindo, ao mesmo tempo, punição efetiva a todos aqueles que exploram esse tipo de jogo – e são vários – não há eficiência para o Direito Penal, que somente se desmoraliza, gerando o maldadado sentimento de impunidade.” – NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 153.

¹⁰¹⁷ Apostas feitas em relação a competições esportivas.

SUBSEÇÃO XI DA VADIAGEM

Art. 717. Segundo entendimento doutrinário¹⁰¹⁸, o art.59 da LCP é inconstitucional e ofende o princípio da lesividade ou ofensividade, segundo o qual os tipos penais devem descrever condutas que possuam aptidão para ofender bens jurídicos de terceiros, de sorte que não se poderá punir:

- I** – condutas que não excedam o âmbito do próprio autor;
- II** – meros estados existenciais;
- III** – condutas desviadas;
- IV** – condutas que não exponham sequer a perigo os bens jurídicos.

SUBSEÇÃO XII DA MENDICÂNCIA

Art. 718. O art.60 da LCP foi revogado pela Lei 11.983/2009¹⁰¹⁹.

SUBSEÇÃO XIII DA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR

Art. 719. Observar que referida infração penal é muito utilizada como subsidiária para o crime de estupro¹⁰²⁰.

SUBSEÇÃO XIV DA EMBRIAGUEZ

Art. 720. Sustentar que referida infração penal viola os princípios da lesividade e da intervenção mínima.

SUBSEÇÃO XV DAS BEBIDAS ALCOÓLICAS

Art. 721. De acordo com o disposto na Lei 13.106/15¹⁰²¹, servir bebida alcoólica para menor de 18 (dezoito) anos é conduta disciplinada pelo art. 243 do ECA.

¹⁰¹⁸ Guilherme de Souza Nucci.

¹⁰¹⁹ Art. 1º É revogado o art. 60 do Decreto-Lei no 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei de Contravenções Penais.

¹⁰²⁰ “ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DELITO NAO CARACTERIZADO. CASO DE CONTRAVENÇÃO DE IMPORTUNACÃO OFENSIVA AO PUDOR. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEACA. O beijo furtado de alguém em local público constitui a contravenção penal definida no artigo 61 da lei específica, nao podendo classificar-se como crime de atentado violento ao pudor, que consiste em constrangimento mediante violência ou grave ameaça.” – TJ-PR – Apelação Crime ACR 234611 PR Apelação Crime 0023461-1 (TJ-PR).

¹⁰²¹ Lei nº 13.106, de 17 de março de 2015.

Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para tornar crime vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar bebida alcoólica a criança ou a adolescente; e revoga o inciso I do art. 63 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais.

[...]

Art. 3º Revoga-se o inciso I do art. 63 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais.



SUBSEÇÃO XVI
DA PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE

Art. 722. Segundo entendimento doutrinário¹⁰²², referida contravenção ofende o princípio da intervenção mínima, uma vez que as leis municipais que regulam a controlam o excesso de barulho nas cidades cuidam, de form satisfatória, das punições administrativas para aqueles que pertubarem a tranquilidade.

¹⁰²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 171

Parte Segunda: LIVRO IX – Da Atuação em Matéria Criminal
11.8

TÍTULO VIII DA ATUAÇÃO NA LEI 7.210/84¹⁰²³

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 723. Encontrando-se o sentenciado privado de liberdade, o defensor público deverá conferir se a guia de execução provisória foi expedida pelo juízo criminal e remetida ao juízo da execução penal após o recebimento do recurso, independentemente de quem o interpôs¹⁰²⁴.

Art. 724. O defensor público deverá atuar e acompanhar todos os atos do processo de execução penal, ainda que o sentenciado possua advogado constituído, zelando pela regularidade no cumprimento da pena¹⁰²⁵.

Parágrafo único. Verificando que a Defensoria Pública não é intimada de todos os atos processuais o defensor público deverá officiar ao juízo da execução penal e solicitar a correção, sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis ou intervenção da administração superior.

Art. 725. O defensor público deverá manter planilha atualizada de acompanhamento da execução da pena, de maneira a organizar as atividades funcionais e evitar excessos de execução.

Parágrafo único. Sugere-se ao defensor público que realize, antecipadamente ao vencimento do estágio de progressão, os requerimentos de benefícios, em prazo razoável, de acordo com o tempo do trâmite processual na comarca.

Art. 726. O defensor público deverá requisitar à unidade prisional informações mensais a respeito da entrada e saída de presos, de maneira a alimentar a planilha, enviando à comarca de destino as informações existentes no caso de eventual transferência.

Parágrafo único. Zelar para que a cada nova entrada no âmbito do sistema penitenciário corresponda à saída de outra pessoa presa, para que a proporção de entradas e saídas se mantenha sempre estável¹⁰²⁶.

¹⁰²³ Lei de Execuções Penais.

¹⁰²⁴ Artigo 9º, da Resolução n. 113/10 do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁰²⁵ Artigo 81-A e seguintes da LEP e Nota Técnica n. 4 da Comissão Especializada em Execução Penal do CONDEGE.

¹⁰²⁶ Nota Técnica n. 3 da Comissão Especializada em Execução Penal do CONDEGE.



Art. 727. O defensor público deverá realizar análise completa de todo processo de execução de pena, verificando-se, em especial, e sem prejuízo de outros pontos:

- I** – a regularidade das guias¹⁰²⁷;
- II** – se existe alguma tese favorável para retificação do levantamento de pena;
- III** – a existência de prescrição¹⁰²⁸;
- IV** – o marco inicial contagem de benefícios/data base;
- V** – a existência de recurso pendente de julgamento;
- VI** – a condição de primário ou reincidente;
- VII** – a aplicação da lei mais benéfica;
- VIII** – a remição não computada;
- IX** – a existência de crime continuado;
- X** – os crimes hediondos praticados antes da lei 8.072 e 8.930;
- XI** – outros pontos a serem avaliados conforme o caso concreto.

Parágrafo único. O defensor público deve manter registro da análise realizada, com objetivo de dar maior eficiência aos trabalhos quando da transferência da execução ou atuação de outro órgão de execução.

Art. 728. A transferência do sentenciado deve ser solicitada pelo defensor público, diretamente, por meio de ofício, à Superintendência de Articulação Institucional e Gestão de Vagas (SAIGV), da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS).

Art. 729. Cumprida ou extinta a pena, o defensor público deverá acompanhar o arquivamento do processo de execução e o envio das guias de execuções aos autos de origem.

Parágrafo único. Deverá ainda certificar se o juiz da execução determinou a expedição de comunicação de decisão judicial (CDJ) para o cartório eleitoral para reativar os direitos políticos do sentenciado¹⁰²⁹.

CAPÍTULO II DO MONITORAMENTO DAS UNIDADES PRISIONAIS

Art. 730. O defensor público deverá organizar atividades que permitam fiscalizar as unidades prisionais, como forma de prevenir e punir atos de maus tratos e violência, além de certificar o cumprimento dos direitos e obrigações previstos na Lei de Execuções Penais.

¹⁰²⁷ Artigo 106 da LEP.

¹⁰²⁸ Prescrição da Pretensão Punitiva e Executória. Existe calculadora da Prescrição da Pretensão Executória no site do CNJ: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/calculadora-de-prescricao-da-pretensao-executoria>

¹⁰²⁹ Artigo 202 da LEP.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras ações, o defensor público deverá desenvolver as seguintes atividades:

- I – inspeções regulares e periódicas em todas as dependências das unidades prisionais¹⁰³⁰;
- II – atendimentos individuais e reservados com aplicação de questionários padronizados;
- III – atuação na defesa perante o Conselho Disciplinar nas unidades prisionais.

Art. 731. O defensor público quando buscar apurar prática de atos de tortura, agressões e maus tratos deverá ouvir a pessoa em situação de privação de liberdade sem a presença de agentes que atuam dentro da unidade prisional, resguardada a segurança pessoal.

Parágrafo único. A oitiva deverá ser realizada, preferencialmente, junto com os atendimentos regulares, de maneira a não expor as pessoas em situação de privação de liberdade.

Art. 732. O defensor público que apurar eventual desvio de agente público, ou falha nos serviços prestados pela unidade prisional, não deve identificar o reclamante por fins de adoção das medidas extrajudiciais e judiciais.

Art. 733. O defensor público que, no exercício da atividade funcional, se deparar com a materialidade delitiva, nos casos de agressão ou morte, deverá adotar as medidas cabíveis para formalização da materialidade, tais como:

- I – requisitar a realização de auto de corpo de delito;
- II – fotografar e colher o depoimento da pessoa envolvida, se possível.

Parágrafo único: É recomendável que o defensor público acompanhe a realização do auto de corpo de delito, de maneira a permitir a realização de uma perícia médica independente, considerando que por estar em situação de privação de liberdade o preso é escoltado por agentes que trabalham na unidade prisional em que ocorreu o fato.

Art. 734. O defensor público que tomar conhecimento de morte dentro de unidade prisional deverá requisitar ao respectivo diretor a aplicação do art. 6º, I, do CPP, de maneira a proporcionar uma perícia técnica independente, comunicando imediatamente à Polícia Judiciária e ao juiz corregedor da unidade prisional para adoção das providências cabíveis.

Art. 735. O defensor público que realizar a inspeção periódica e verificar a existência de irregularidades deverá oficiar ao juiz corregedor do presídio solicitando a adoção de providências, sem prejuízo das demais medidas administrativas e judiciais cabíveis.

¹⁰³⁰ Artigo 81, B, parágrafo único, da LEP.

Observação 1: Foram lançados três protocolos nacionais para a atuação da Defensoria Pública em forma de recomendação. Um para atendimento a pessoas presas provisoriamente, outro para atendimento a pessoas presas ou internadas e outro para inspeção de estabelecimentos penais. No dia 9 de dezembro de 2015, foi assinado o acordo de cooperação técnica desses protocolos pelo Depen, SRJ, CNPCP, DPU, Condege, Anadep e Anadef. Os protocolos mínimos e formulário de inspeção nacional se encontram no site do programa: defensorianocarcere.wix.com/defensorianocarcere. O formulário de inspeção a ser utilizado, no momento, é o da corregedoria da Defensoria Pública de Minas Gerais. Somente utilizar o modelo nacional quando sair ato normativo da corregedoria.

Observação 2: Guia Prático de Monitoramento de Locais de Detenção:
http://www.apm.ch/content/files_res/monitoramentode-locais-de-detencao.pdf



Parágrafo único. É recomendável oficiar ao Conselho Nacional de Justiça enviando cópia dos relatórios de inspeção e do pedido de providencias encaminhado ao juiz corregedor, designadamente quando se constatar omissão estatal na resolução das irregularidades.

CAPÍTULO III DA DECISÃO RECORRÍVEL

Art. 736. Contra as decisões recorríveis, manejar agravo em execução.

§ 1º Quando a decisão é recorrível, o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso de agravo em execução.

§ 2º *Pode-se optar pelo ingresso simultâneo das duas medidas.*

CAPÍTULO IV DA SAÚDE PRISIONAL

Art. 737. Verificar se a unidade prisional se adéqua às normas insertas na Portaria Interministerial n. 1.777/03, do Ministério da Saúde e Ministério da Justiça, quanto às ações de promoção a saúde da pessoa privada de liberdade.

Parágrafo único. Zelar pelo cumprimento da Portaria Interministerial n. 1/14, do Ministério da Saúde e Ministério da Justiça, se o município sede da unidade prisional aderiu ao programa.

CAPÍTULO V DO TRABALHO

Art. 738. O defensor público velará pela constante implementação e progressiva universalização do direito ao trabalho da pessoa privada de liberdade.

Parágrafo único. A lei de execução penal reconhece o trabalho como direito do preso e dever do estado¹⁰³¹.

Art. 739. Adotar as medidas legais na hipótese de utilização de mão de obra carcerária gratuita.

Art. 740. Observar para que o desconto da remuneração, a título de indenização por dano *ex delicto*, só ocorra após decisão judicial definitiva.

¹⁰³¹ [...] o direito subjetivo não é senão uma expressão do *dever jurídico*, ou, por outras palavras, um reflexo daquilo que é devido por alguém em virtude de uma regra de direito. (Reale, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002. p. 183).

Art. 41, II, da Lei de Execuções Penais.

Art. 741. No requerimento de levantamento de pecúlio, se o assistido estiver preso, fundamentar a solicitação com as previsões legais de desconto da remuneração a título de assistência à família e para pequenas despesas pessoais do segregado.

Art. 742. O defensor público velará pela atribuição de trabalho inclusive ao preso provisório, caso este manifeste tal desejo.

Art. 743. O trabalho externo ao executado em semiaberto pode ser prestado em órgãos públicos, entidades privadas ou mesmo em caráter autônomo, devendo o defensor público zelar por tais possibilidades.

Art. 744. Poderá ser requerida a autorização para trabalho externo tanto à direção da unidade prisional, quanto ao juízo da execução penal¹⁰³².

Art. 745. No requerimento de autorização de trabalho externo, atentar pela desnecessidade de cumprimento de qualquer fração da pena ao condenado a regime semiaberto¹⁰³³.

Art. 746. Cuidar para que a prática de contravenção penal, por ausência de previsão legal, não importe em revogação do trabalho externo.

Art. 747. O defensor público deverá observar, no requerimento de nova concessão de trabalho externo, a desnecessidade de cumprimento de qualquer lapso temporal na hipótese de revogação anterior, devendo a fundamentação se dar exclusivamente em relação à superação do motivo que ensejou a privação do direito e aos demais elementos subjetivos.

CAPÍTULO VI DA REMIÇÃO

Art. 748. A remição será requerida à razão de:

I – 1 (um dia) de pena a cada 18 (dezoito) horas de trabalho¹⁰³⁴;

II – 1 (um dia) de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar.

§1º O arredondamento sempre será requerido em benefício do executado¹⁰³⁵.

¹⁰³² MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 36.

¹⁰³³ **STJ** Habeas Corpus nº 92320/RS) (TJMG 5ª Câm. Crim., Habeas Corpus nº 1.0000.11.063254-4/000 – Relator: Des. Alexandre Victor De Carvalho, j. 10-10-2011, p. 24-10-2011 / **STF**: Ação Penal 470 (mensalão).

¹⁰³⁴ **STJ**: HC 201.634/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2013, Dje 06/12/2013 / **TJMG**: Agravo em Execução Penal 1.0079.12.040424-3/002, Relatora: Desembargadora Maria Luíza de Marillac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/11/2014, publicação da súmula em 13/11/2014.

Obs. Importante ressaltar que existe tese que fixa a remição por dia efetivamente trabalhado e não por horas: STJ HC HC 201200500623; Informativo 731 do STF, HC 114393/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.12.2013. (HC-114393).

¹⁰³⁵ **TJRS**: Embargos Infringentes 7004476696, j. 21.10.2011; Agravo 7004123452, l. 31.03.2011.



§2º O acréscimo de 1/3 (um terço) em razão da conclusão de ensino fundamental, médio ou superior, será requerido sobre todo o *quantum* declarado remido em função do estudo.

§3º O defensor público requererá remição inclusive na hipótese de artesanato, posto não existir vedação legal a tal atividade.

Art. 749. Não obstante a literalidade do *caput* do art. 126 da Lei 7.210/84, observar que o §6º do mesmo artigo expressamente prevê a possibilidade de remição, em razão do estudo, aos reeducandos em regime aberto ou em livramento condicional.

Art. 750. Velar pelo lançamento da remição como pena cumprida para todos os efeitos, nos termos do art. 128 da Lei 7.210/84, em razão da manifesta vantagem ao reeducando.

Art. 751. Velar pelo fiel cumprimento do disposto no art. 129, *caput*, da Lei de Execuções Penais, inclusive por meio de recomendação, na forma do art. 81-A, da mesma Lei.

Art. 752. Zelar para que a revogação de até 1/3 (um terço), em razão de reconhecimento de falta grave, não seja automática e nem incida sobre *quantum* ainda não declarado remido por decisão judicial.

§ 1º Velar, com fulcro no art. 93, IX, da CF, pela fundamentação concreta da decisão de revogação com base em elementos referentes à natureza, motivos, circunstâncias e consequências do fato, além da observância da pessoa do reeducando e de seu tempo de prisão, nos termos do art. 57 da Lei 7.210/84¹⁰³⁶.

§2º A Lei 12.433/2011, que deu nova redação ao art. 127 da Lei de Execuções Penais e com isso superou parcialmente o enunciado da Súmula Vinculante nº 9, por ser mais benéfica, terá sua retroatividade requerida aos casos anteriores à sua publicação, que ocorreu em 30.06.2011, na forma do art. 5º, XL, da Constituição da República e do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal¹⁰³⁷.

§3º Na fundamentação do requerimento previsto no parágrafo anterior também será observado o previsto no §1º deste artigo, na forma do art. 93, IX, CF c/c art. 57 da Lei 7.210/84.

Art. 753. No reconhecimento de falta disciplinar, com a perda máxima de 1/3 (um terço) dos dias remidos, o defensor público deverá cuidar para que os demais 2/3 (dois terços) de dias remidos mantidos não possam ser perdidos em razão de nova falta disciplinar, uma vez que o artigo 127 da Lei de Execução Penal somente permite a perda de até 1/3 (um terço) de pena.

¹⁰³⁶ **STJ:** HC 297.154/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 18/12/2014) / **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0034.09.054148-2/001, Relator(a): Des.(a) Adilson Lamounier, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/02/2015, publicação da súmula em 04/03/2015.

¹⁰³⁷ **STJ:** HC 279.459/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014.

Art. 754. Ao verificar presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em unidades prisionais com condições degradantes, o defensor público poderá requerer a remição de dias de pena, conforme sugestão do ministro do STF, Luís Roberto Barroso, em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 580252, com repercussão geral, em que se discute a responsabilidade civil do estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária.

CAPÍTULO VII DO DIREITO À VISITA

Art. 755. Fiscalizar se a administração prisional garante o recebimento de visitas¹⁰³⁸ das pessoas privadas de liberdade, incluindo familiares, amigos, cônjuges ou companheiros, inclusive dos pares homoafetivos¹⁰³⁹.

Art. 756. O sentenciado tem direito ao convívio com os filhos menores¹⁰⁴⁰, independente de decisão judicial, em razão do artigo 41, X, da LEP e artigo 19, §4º, do ECA, incluído pela Lei 12.962 de 2014.

Parágrafo único. A vedação a esse direito é medida excepcional e a autorização de responsável pode ser suprida por decisão judicial.

CAPÍTULO VIII DAS FALTAS, SANÇÕES E PROCEDIMENTOS

Art. 757. Sustentar a tese de declaração de prescrição na hipótese de não conclusão do procedimento de apuração de falta grave no período de 12 (doze) meses a contar do suposto fato, em analogia ao Decreto de indulto que prevê tal prazo como suficiente para se aferir o requisito subjetivo para concessão do maior dos direitos da execução¹⁰⁴¹.

Art. 758. Requerer o trancamento de procedimento judicial de apuração de falta grave sem que tenha ocorrido prévio procedimento administrativo disciplinar¹⁰⁴² ou, tendo ocorrido,

¹⁰³⁸ Artigo 41, X da LEP, item 37 das REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO (ONU), e artigos 58 e seguintes das REGRAS DE MANDELA, que revisam as normas sobre tratamento de prisioneiro, publicadas no dia 21 de maio de 2015, na 24ª reunião da Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, vinculada ao Conselho Econômico e Social da ONU, realizada na Cidade do Cabo, na África do Sul.

¹⁰³⁹ Agravo em Execução Penal 1.0693.10.005318-2/002, Des.(a) Matheus Chaves Jardim, 2ª Câmara Criminal, DJ 20/11/13, data da publicação da súmula 2/12/13; Resolução n. 4 de 2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), artigo 41, X, da LEP.

¹⁰⁴⁰ Apelação Cível 1.0686.12.018023-3/002, 6ª Câmara Cível, DJ. 31/03/15; Apelação Cível 1.0439.13.013110-5/001, 7ª Câmara Cível, DJ 6/5/14.

¹⁰⁴¹ TJMG: Agravo em Execução Penal n. 1.0079.10.015172-3/001, DJ 23.02.12; Agravo em Execução Penal 1.0301.12.011497-2/001, Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez, 4ª CÂMARA CRIMINAL, DJ 2/07/14, DP 8/7/14

¹⁰⁴² Súmula 533 do STJ.



tenha sido operada a desclassificação para falta média ou leve pelo Conselho Disciplinar ou tenha sido o reeducando absolvido¹⁰⁴³.

Art. 759. No procedimento de apuração de falta grave pleitear a absolvição por atipicidade na hipótese de recebimento de objetos ilícitos via Correios¹⁰⁴⁴.

Art. 760. Em que pese a edição da súmula n. 534 do STJ, é defensável a tese de que o reconhecimento de prática de falta grave não interrompe prazo para contagem de quaisquer benefícios da execução, por ausência de previsão legal¹⁰⁴⁵.

Art. 761. Em imputação de falta grave consistente em posse de droga, sustentar a tese de absolvição por ausência de materialidade na hipótese de ausência de laudo toxicológico¹⁰⁴⁶.

Art. 762. É viável a tese de que a prática do crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 não poderá repercutir de forma negativa no que toca ao cálculo de benefícios, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade, face o viés despenalizador da Lei 11.343/06¹⁰⁴⁷.

Art. 763. Na hipótese de imputação de falta grave consistente em agressões mútuas entre presos, sem lesões corporais, requerer a desclassificação para falta de natureza média, em razão da ocorrência de contravenção penal de vias de fato, conforme previsto no Regimento Disciplinar Prisional¹⁰⁴⁸.

Art. 764. No procedimento de apuração de falta grave sustentar a absolvição por atipicidade na hipótese de imputação de dano ao patrimônio caso a acusação não demonstre o especial fim de agir consistente no querer danificar¹⁰⁴⁹.

Art. 765. Na hipótese de não haver representação da suposta vítima, pleitear, em razão de ausência de procedibilidade, a extinção do procedimento aberto para apuração de imputação de falta grave consistente em crime de ameaça¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴³ Resp 1.378.557.

¹⁰⁴⁴ **TJMG:** Agravo em Execução Penal n. 1.0079.12.066360-8/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 30/01/2014, publicação da súmula em 07/02/2014.

¹⁰⁴⁵ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0079.12.029908-0/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/01/2014, publicação da súmula em 28/01/2014.

¹⁰⁴⁶ **STJ:** HC 273.881/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 06/12/2013 / **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0231.13.011626-3/002, Relator(a): Des.(a) Nelson Missias de Moraes, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 31/07/2014, publicação da súmula em 11/08/2014.

¹⁰⁴⁷ A tese é minoritária: **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0079.03.114972-1/001, Relator(a): Des.(a) Nelson Missias de Moraes, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/02/2013, publicação da súmula em 04/03/2013.

¹⁰⁴⁸ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0701.09.264113-6/001, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Guttierrez, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/08/2011, publicação da súmula em 31/08/2011.

¹⁰⁴⁹ Termo em latim: *Animus Nocendi* / **STJ:** HC 260.350/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 21/05/2014.

¹⁰⁵⁰ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0231.13.040828-0/001, Relator(a): Des.(a) Adilson Lamounier, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/02/2015, publicação da súmula em 09/02/2015.

Art. 766. Requerer a absolvição, por ausência de tipicidade, na hipótese de imputação de falta consistente em posse de bebida alcoólica ou em razão de suposta embriaguez¹⁰⁵¹.

Art. 767. Verificar se o sentenciado possui comprovada alteração de sua saúde mental para solicitar a isenção de sanção disciplinar, nos termos do Regimento Disciplinar Prisional¹⁰⁵².

Art. 768. O defensor público fiscalizará a execução de sanções administrativas, notadamente as aplicadas àqueles presos condenados por duas ou mais condutas, velando pelo fiel cumprimento do prazo máximo de 30 (trinta) dias previsto no art. 58 da LEP.

Art. 769. Sustentar a absolvição por não comprovação de autoria na hipótese de imputação genérica de incitação a subversão da ordem e da disciplina sem descrição individualizada de cada conduta¹⁰⁵³.

Art. 770. Requerer a absolvição por ausência de tipicidade material na hipótese de imputação de conduta de pequeno grau de reprovabilidade, como chutar a porta da cela¹⁰⁵⁴.

Art. 771. É imprescindível, sob pena de nulidade do ato, a presença do defensor público durante o julgamento administrativo perante o Conselho Disciplinar¹⁰⁵⁵, sendo, consoante o próprio STF, inaplicável a Súmula Vinculante nº 5º à hipótese de procedimento administrativo de apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais¹⁰⁵⁶.

Art. 772. Requerer a absolvição por ausência de provas na hipótese de não judicialização, pelo órgão acusatório, dos elementos informativos colhidos na fase administrativa¹⁰⁵⁷.

Art. 773. O defensor público deve zelar para que o não fornecimento do número de INFOPEN pelo preso não seja considerado falta disciplinar.

Parágrafo único. Além de ser fato atípico, a pessoa privada de liberdade tem o direito ao chamamento nominal, nos termos do artigo 41, XI, da LEP.

¹⁰⁵¹ **STJ:** HC 172.551/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012.

¹⁰⁵² Artigo 48 do REDIPRI.

¹⁰⁵³ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0079.12.037007-1/001, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/04/2013, publicação da súmula em 18/04/2013.
Art. 45, §3º da LEP.

¹⁰⁵⁴ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0231.14.004624-5/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/03/2015, publicação da súmula em 06/04/2015.

¹⁰⁵⁵ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0515.14.002955-1/001, Relator(a): Des.(a) Matheus Chaves Jardim, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/03/2015, publicação da súmula em 30/03/2015.

¹⁰⁵⁶ **STF:** A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a Súmula Vinculante 5 não é aplicável em procedimentos administrativos para apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais. **(Rcl 9.340 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 26.8.2014, DJe de 5.9.2014).**

¹⁰⁵⁷ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0079.12.037007-1/001, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/04/2013, publicação da súmula em 18/04/2013.



Art. 774. É defensável a tese de que para aferir a capacidade lesiva do “chuço”, é necessária perícia técnica.

Art. 775. Em que pese a edição da súmula n. 526 do STJ, a prática de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena¹⁰⁵⁸ não prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato¹⁰⁵⁹.

Art. 776. O Diretor do estabelecimento prisional apenas pode suspender ou restringir os direitos do sentenciado previstos nos incisos V, X e XV do artigo 41 da Lei de Execução Penal, sob pena de se configurar constrangimento ilegal¹⁰⁶⁰.

CAPÍTULO IX DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 777. Atentar para as contradições nos pareceres do Ministério Público.

Parágrafo único. A preclusão lógica ou consumativa impede o órgão ministerial de alterar o entendimento anterior e oportunamente manifestado por outro promotor do mesmo órgão¹⁰⁶¹.

CAPÍTULO X DA DEFENSORIA PÚBLICA

Art. 778. Recusar nomeação de defensor público *ad hoc* para a realização de audiência de justificação com o não comparecimento de advogado constituído.

Parágrafo único. Na hipótese do *caput*, solicitar a aplicação, por analogia, do artigo 456 do CPP.

Art. 779. Pleitear pela nulidade do ato de nomeação arbitrária de defensor *ad hoc* para acompanhar o sentenciado em audiência de justificação quando houver defensor público atuante no processo de execução e este não foi intimado para os atos processuais¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁸ Artigo 52 da LEP.

¹⁰⁵⁹ Observação: A matéria foi destacada como repercussão geral pelo STF no RE 776.823/RS e está pendente de decisão. Vide Nota Técnica n. 9 da Comissão Especializada em Execução Penal do CONDEGE.

¹⁰⁶⁰ Artigo 5º, II da CF, art. 53 da LEP, art. 41, incisos V, X e XV e parágrafo único da LEP.

¹⁰⁶¹ TJMG: Agravo em Execução n. 1.0231.14.005028-8/001, Relator(a): Des.(a) Matheus Chaves Jardim, 3ª CÂMARA CRIMINAL.

¹⁰⁶² TJMG: 5ª Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal [1.0114.12.007027-0/001](#), DJ 19.09.14

CAPÍTULO XI DO REGIME SEMIABERTO

Art. 780. Zelar pelo cumprimento da pena em regime semiaberto em instituto penal agrícola ou industrial, nos termos do artigo 91 da LEP.

Parágrafo único. Na inexistência de vagas em colônia agrícola, industrial ou similar¹⁰⁶³ o defensor público deve zelar para que o sentenciado cumpra a pena em regime menos gravoso¹⁰⁶⁴.

CAPÍTULO XII DO REGIME ABERTO

Art. 781. Zelar pelo cumprimento da pena em regime aberto em casa de albergado, nos termos dos artigos 93 a 95 da LEP.

Parágrafo único. Na inexistência de vagas em casa de albergado, zelar para que o sentenciado cumpra a pena em prisão domiciliar¹⁰⁶⁵.

Art. 782. Em que pese a redação do artigo 114, inciso I, da LEP, cuidar para que o juízo não condicione a progressão ao regime aberto a apresentação imediata de ocupação lícita¹⁰⁶⁶.

Art. 783. Sustentar a impossibilidade de fixação de prestação de serviço a comunidade, ou qualquer outra pena restritiva de direito, como condição do regime aberto, uma vez que não existe previsão no artigo 115 da LEP¹⁰⁶⁷.

Art. 784. Em que pese a existência da súmula n. 491 do STJ, é defensável a tese de que é admissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶³ O plano diretor do sistema penitenciário do estado de Minas Gerais prevê a inexistência de colônia agrícola, industrial ou similar. (file:///D:/plano+diretor+sist+penit+mg.pdf). Já o levantamento nacional de informações penitenciárias, Infopen, de Junho de 2014, aponta a existência de três unidades de regime semiaberto em MG (<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>)

¹⁰⁶⁴ STF: HC 107810/PR, HC 110772/SP e HC 96169/SP; STJ: HC 285.912-MG; STJ: HC 322.111/AC.

¹⁰⁶⁵ STJ: HC 96.719/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 15.04.2008, DJ 28.04.2008 p. 1; **Enunciado 7**, do encontro dos juízes de Varas de Execuções Criminais, realizado em junho de 2004, pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – TJMG.

¹⁰⁶⁶ TJMG. Agravo em execução penal nº 1.005.11.015085-7/001. Rel Des. Jaubert Carneiro Jaques. Data da publicação 29.06.2012.

¹⁰⁶⁷ TJPR: Ap. 264.042-6, Imbituva, 5ª C., rel. Rosana Andriquetto de Carvalho, 21.09.2006.
TJMG. Agravo em Execução Penal 1.0231.07.086893-1/001, Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, 3ª CÂMARA CRIMINAL, DJ 2/4/13.

¹⁰⁶⁸ Norma Técnica n. 1 da Comissão Especializada em execução penal do CONDEGE.



CAPÍTULO XIII DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS

Art. 785. O defensor público deverá observar, no requerimento de nova concessão de saída temporária, na hipótese de revogação anterior que, por ausência de previsão legal, em caso de prática de falta grave, não há interrupção do lapso necessário para a obtenção do novo benefício¹⁰⁶⁹.

Art. 786. É defensável a tese de que no regime inicial semiaberto é cabível o benefício da autorização de saída temporária sem o preenchimento do requisito objetivo¹⁰⁷⁰.

CAPÍTULO XIV DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Art. 787. Na hipótese de crime comum praticado por executado primário, mas com maus antecedentes, requerer a concessão de livramento condicional após o cumprimento de 1/3 (um terço) da pena¹⁰⁷¹.

§ 1º Observar que o reconhecimento judicial de falta grave não implica interrupção do prazo para obtenção do benefício, conforme enunciado da súmula 441 do STJ.

§ 2º Observar que constitui analogia *in malam partem* a exigência de cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena para concessão de livramento condicional aos apenados por crimes comuns descritos no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/06, na forma do parágrafo único do mesmo dispositivo¹⁰⁷².

Art. 788. Será observada a inexistência de previsão legal de livramento condicional cautelar em substituição à prisão domiciliar concedida em razão de ausência de vaga em Casa de Albergado¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁹ TJMG – Processo n.º 0208744-17.2010.8.13.0000 – Des. Relator: DOORGAL ANDRADA – Data da publicação: 06/08/2010
SÚMULA 40 STJ

¹⁰⁷⁰ Tese minoritária: TJMG, 1ª Câ. Crim., Agravo de Execução Penal n.º 1.0000.09.501464-3/001 – Relatora: Des.ª. Márcia Milanez, j. 17-11-2009, p.26-02-2010.

¹⁰⁷¹ **STJ:** HC 102.278/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 22/04/2008 / **TJMG:** TJMG -Agravo em Execução Penal 1.0694.14.003318-4/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/02/2015, publicação da súmula em 06/03/2015.

¹⁰⁷² **STJ:** HC 290.526/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 18/03/2015.

¹⁰⁷³ [...] Se o condenado deseja obter o regime aberto, podendo fazê-lo, não cabe ao juiz vedar tal possibilidade criando uma solução mais gravosa. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 461.)

Art. 789. É defensável que o parágrafo único do art. 83 do CP não foi recepcionado pela CR/88 em razão da manifesta inversão do ônus da prova quanto ao estado de não culpabilidade¹⁰⁷⁴.

Art. 790. O requerimento de concessão de livramento condicional observará em sua fundamentação que a expressão *comportamento satisfatório*, que difere de *bom comportamento*, impede que a falta grave, por si só, seja motivo do indeferimento, devendo ser analisadas as demais peculiaridades do caso¹⁰⁷⁵.

Art. 791. Velar para que a exigência consistente na reparação do dano causado pela infração (art. 83, IV, CP) só ocorra na hipótese de iniciativa da vítima¹⁰⁷⁶.

Parágrafo único. Alegar que a assistência jurídica da Defensoria Pública ao executado, presumidamente hipossuficiente, caracteriza impossibilidade de reparação do dano causado pela infração¹⁰⁷⁷.

Art. 792. É defensável a tese de que a caracterização da reincidência específica em crime hediondo exige a prática do mesmo tipo penal ou, ao menos, de tipos que tutelem o mesmo bem jurídico¹⁰⁷⁸.

Art. 793. É defensável a tese de viabilidade do benefício do livramento condicional ao reincidente específico, em razão do princípio da individualização da pena¹⁰⁷⁹.

Art. 794. Observar que a suspensão do livramento condicional pela prática de novo crime, em razão de seu caráter cautelar, não é automática, exigindo decisão fundamentada¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁴ A discussão sobre a necessidade ou não da realização de exame pericial presta-se a desviar a atenção sobre a inconstitucionalidade da exigência. Nos termos em que o parágrafo único do art. 83 do CP está redigido, há a inversão do ônus da prova em desfavor do condenado. O dispositivo legal parte da presunção de que o condenado retornará a delinquir e exige comprovação de que tal não ocorrerá. Contudo, todos, inclusive o condenado devem ser favorecidos pela presunção de que não voltarão a delinquir. Por isso, a interpretação desse dispositivo que se conforma com a Constituição da República (art. 5º, LVII) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, n. 2) indica que cabe ao Poder Público comprovar a possibilidade concreta de que o condenado venha a praticar crimes. Não havendo provas que indiquem a inconveniência da concessão do livramento (indicativas do envolvimento do condenado em crimes) e satisfeitos os requisitos estabelecidos nos incisos do art. 83, deve ser concedido o livramento condicional. (GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 325.*)

¹⁰⁷⁵ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0686.11.000038-3/002, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/02/2015, publicação da súmula em 20/02/2015.

¹⁰⁷⁶ Esse requisito pode ser ainda dispensado quando a vítima não for encontrada para ser indenizada, bem como quando renunciar a dívida ou mostrar-se desinteressada em ser ressarcida. (MASSON, Cleber. *Código Penal comentado. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 427.*)

¹⁰⁷⁷ **STJ:** HC 47.492/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 469 / **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0071.08.040366-1/002, Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/11/2014, publicação da súmula em 04/12/2014.

¹⁰⁷⁸ Silva Franco. Alberto. Crimes hediondos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 200/201.
Na dúvida quanto ao que se deva entender por reincidência específica, a interpretação mais favorável ao condenado impõe-se. Quanto menores forem as hipóteses em que se possa reconhecer a reincidência específica, mais chances o condenado terá de obter o livramento condicional. (Galvão, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral. 5. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 324.*)

¹⁰⁷⁹ Artigos 5º, incisos XLVI e LXIII da CF; 83, inciso V do Código Penal; 5ª da Lei 8.072/90; e 1º e 5º da LEP.

¹⁰⁸⁰ **STF:** HC 119938, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014.



Art. 795. Velar pela oitiva prévia do reeducando tanto na hipótese de revogação obrigatória quanto na de revogação facultativa, nos termos do art. 143 da LEP.

Art. 796. Requerer declaração de extinção da pena em razão do término do período de prova sem revogação do benefício¹⁰⁸¹ (art. 90 do CP e art. 146 da LEP).

Art. 797. A revogação do benefício do livramento condicional em crime anterior só implica proibição de novo benefício em relação à mesma pena, nos termos dos artigos 88 do CP e 142 da LEP, razão pela qual imperioso verificar se o sentenciado possui direito ao benefício do livramento condicional quanto ao novo crime.

Art. 798. É defensável a tese de que a suposta prática de novo crime em cumprimento de livramento condicional, só implica em revogação deste benefício, advertência ou agravamento das condições.

§ 1º A revogação resulta no não cômputo na pena do tempo em que esteve solto e a não concessão, em relação à mesma pena, de novo livramento.

§ 2º Não é possível a cumulação dessas sanções com os efeitos próprios da prática de falta grave¹⁰⁸².

Art. 799. É defensável a tese de que a Lei 10.792/03 alterou o artigo 112 da LEP e excluiu a exigência do exame criminológico como requisito para a concessão do livramento condicional¹⁰⁸³.

§1º Caso seja determinada a realização de exame criminológico, zelar para que seja restrito a crimes praticados com violência ou grave ameaça.

§2º Em razão do princípio da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, requerer seja fixado prazo mínimo para a realização do exame criminológico.

CAPÍTULO XV DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA¹⁰⁸⁴

Art. 800. Defender a taxatividade do rol de hipóteses de monitoração eletrônica:

I – reeducandos em gozo de saídas temporárias;

II – reeducandos em prisão domiciliar.

¹⁰⁸¹ **STJ**: HC 290.526/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 18/03/2015.

¹⁰⁸² REsp 1.101.461-RS, Sexta Turma, DJe 19/2/2013; e AgRg no REsp 1.236.295-RS, Quinta Turma, DJe 2/10/2013. HC 271.907-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 27/3/2014; Informativo 539 do STJ.

¹⁰⁸³ **TJMG**: Agravo em Execução Penal 1.0231.14.010652-8/001, 3ª CÂMARA CRIMINAL, Des.(a) Octavio Augusto De Nigris Bocalini. DJ 14/04/2015. Data da publicação da súmula 23/04/15.

¹⁰⁸⁴ Primeiro Diagnóstico de Monitoração Eletrônica de Pessoa no Brasil: file:///D:/RelatrioMonitoraoEletrnica.pdf

Parágrafo único. Observar para que a não implementação material da monitoração pelos órgãos competentes não obste a concessão de direitos, desde que preenchidos os requisitos para tanto¹⁰⁸⁵.

Art. 801. Sendo, as saídas temporárias, instituto aplicável a presos do regime semiaberto, requerer a concessão desse benefício também aos presos do regime mais brando, mesmo que estejam monitorados eletronicamente, desde que o caso se enquadre a uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 122 da LEP.

Art. 802. Diante de eventual violação, em tese, da monitoração eletrônica, observar que não compete à Unidade Gestora emitir juízo de valor sobre a justificativa a ela apresentada pelo reeducando, bem como desligá-lo do programa sem prévia decisão judicial.

Art. 803. Na hipótese de lançamento de fuga pelo órgão do executivo sem prévia decisão judicial, alegar a violação dos princípios da legalidade e da judicialização da execução.

Art. 804. Na hipótese de expedição de mandado de prisão sem prévia audiência de justificação, sustentar a violação dos princípios do estado de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

CAPÍTULO XVI DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO

Art. 805. É defensável a tese de que a norma prevista no § 5º, do artigo 44, do CP, deve ser afastada por ser incompatível com a norma inserta no artigo 76 do mesmo diploma legal, ou interpretada favoravelmente ao sentenciado¹⁰⁸⁶.

Art. 806. É necessário o esgotamento das tentativas de localização para a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade¹⁰⁸⁷.

§1º Esgotados todos os meios possíveis para a localização do sentenciado, solicitar a intimação por edital para comparecimento em audiência de justificação¹⁰⁸⁸.

§2º A realização de audiência de justificação, com intimação pessoal ou por edital, é fundamental para garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

¹⁰⁸⁵ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0231.13.000285-1/001, Relator(a): Des.(a) Matheus Chaves Jardim, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/03/2014, publicação da súmula em 24/03/2014.

¹⁰⁸⁶ Tese minoritária: **STJ:** REsp 662.066/SC Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca DJe 01.08.2005.

¹⁰⁸⁷ Arts. 149, I e 181, §1º, “a”, da LEP.

STJ: RHC 23.418/MG, Rel. MIN. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 20/10/2008 / **TJMG,** HC 0323104-62.2010.8.13.0000, Relator: Des.(a) ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data do Julgamento: 21/09/2010, Data da Publicação: 06/10/2010.

¹⁰⁸⁸ Aplicar por analogia: art. 370, c/c 363, §1º, do CPP.



§3º Defender que a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade somente pode ocorrer após a audiência de justificação.

Art. 807. Cuidar para que o tempo de prisão provisória seja detraído do tempo de pena restritiva de direito.

Parágrafo único. Com a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, também deve ser detraído o tempo de cumprimento da PRD para cumprimento da PPL.

Art. 808. Sustentar a compatibilidade do cumprimento de pena restritiva de direito com pena privativa de liberdade quando o sentenciado estiver em prisão domiciliar ou livramento condicional, bem como a compatibilidade do cumprimento simultâneo de uma ou mais guias de penas restritivas de direito, cuja soma não ultrapasse 4 (quatro) anos.

CAPÍTULO XVII DA PENA DE MULTA

Art. 809. O defensor público deve zelar para que a legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória seja exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública, nos termos da súmula n. 521 do STJ, uma vez que desde a Lei 9.268/96, não é mais possível a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade.

Art. 810. O defensor público deve zelar para que o inadimplemento da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado não seja capaz de impedir a progressão no regime prisional¹⁰⁸⁹.

CAPÍTULO XVIII DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Art. 811. Zelar para que seja expedida a guia de execução de medida de segurança, nos termos do artigo 172 da LEP.

Art. 812. Verificada a existência de guias de execuções de naturezas diversas, dentro de um mesmo processo de execução, compete ao defensor público solicitar exame de cessação de periculosidade e laudo psicossocial para adequação ao sistema vicariante¹⁰⁹⁰:

I – se o laudo indicar a extinção da periculosidade pleitear a extinção das guias de medida de segurança e o prosseguimento das guias a pena privativa de liberdade;

II – se o laudo indicar a persistência da periculosidade pleitear a conversão das penas em medida de segurança.

¹⁰⁸⁹ Art. 5º, LXVII da CF e art. 51 do CP.

¹⁰⁹⁰ Artigos 41 do CP e 183 da LEP.

Art. 813. Na análise do processo de execução de medida de segurança:

I – zelar para que o tempo de internação não ultrapasse a pena máxima em abstrato¹⁰⁹¹, limitada ao máximo de 30 (trinta) anos, por aplicação analógica ao artigo 75 do CP, independente de realização de exame de cessação de periculosidade¹⁰⁹²;

II – analisar a possibilidade da concessão do benefício do indulto da medida de segurança nos termos do artigo 1º, inciso XIII, do Decreto 8.615/15 ou equivalente¹⁰⁹³;

III – verificar a existência de benefício da comutação ou indulto da pena comum antes da data da conversão da pena em medida de segurança.

Parágrafo único. O tempo de internação ou de prisão deve ser computado como tempo de sanção penal para os benefícios a serem pleiteados¹⁰⁹⁴.

Art. 814. Atentar para o cabimento de requerimento de extinção de punibilidade pela prescrição em razão da perda da pretensão punitiva¹⁰⁹⁵.

§ 1º Verificar o *quantum* da pena máxima em abstrato para aplicação dos prazos previstos no artigo 109 do Código Penal^{1096 1097}.

§ 2º Zelar para que a sentença absolutória imprópria não seja considerada causa interruptiva da prescrição na medida de segurança, pois o rol do artigo 117 do CP é taxativo¹⁰⁹⁸.

Art. 815. Caso entenda cabível, suscitar a prescrição pela perda da pretensão executória¹⁰⁹⁹.

Art. 816. Na conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, cuidar para que o limite máximo de cumprimento da medida de segurança seja o limite do restante da pena a cumprir na data da decisão de conversão, e não da pena máxima em abstrato¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹¹ STJ HC/SP 208.336.

Artigo 96 do Código Penal.

¹⁰⁹² STF, HC 84.2194/SP, decisão liminar, rel. min. Marco Aurélio, j.24.04.04.

¹⁰⁹³ STJ HC/SP 208.336; TJMG AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0231.12.032875-3/001, j 16/10/14.

¹⁰⁹⁴ HC 2009.059.03168 do TJRJ; HC 3635/2008, 2ª Câmara Municipal do TJRJ
Artigo 42 do Código Penal.

¹⁰⁹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Comentado*, 2. ed. p. 581. JTACrim 73/398.

¹⁰⁹⁶ STF RHC 86888/SP, Relator Eros Grau, Julgamento 08/11/2005, Primeira Turma.

¹⁰⁹⁷ Importante ressaltar que existe jurisprudência minoritária para a verificação da pena mínima em abstrato: Apelação n. 70010561918, Primeira Câmara Criminal, TJRS, Relator Marcel Esquivel Hoppe, julgado em 20/04/2005; STF, Habeas Corpus nº 6.071 – SP (96.007696-, da 6ª Turma.

¹⁰⁹⁸ STJ HC 172179 SP 2010/0085196-0, Dje16/04/2012.

TJMG: Agravo em Execução Penal 1.0313.07.215808-9/001, Des.(a) Sálvio Chaves, 7ª CÂMARA CRIMINAL, DJ 12/02/15.

¹⁰⁹⁹ STJ HC 53.170/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2008, Dje 15/12/2008) (STJ HC 85.755/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/10/2008, Dje 24/11/2008.

¹¹⁰⁰ STJ HC 14.363/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2001, DJ 20/08/2001; STJ HC 44.972/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2006, DJ 08/10/2007



Parágrafo único. Referido prazo também deve ser verificado para análise da prescrição¹¹⁰¹.

Art. 817. Quanto à análise da modalidade da medida de segurança, internação ou tratamento ambulatorial, deve o defensor público:

I – atentar para a aplicação das normas insertas na Lei 10.216 de 2001, principalmente o artigo 4º, que prevê a internação de forma excepcional e subsidiária, a ser aplicada apenas em momentos de crise psiquiátrica;

II – solicitar a realização de exame de cessação de periculosidade. O prazo de realização do exame, após o período mínimo de um ano, não é absoluto¹¹⁰²;

III – solicitar sempre o acompanhamento do PAI-PJ com apresentação de relatório periódico, nas localidades abrangidas pelo programa.

IV – solicitar relatório de médico psiquiatra e equipe psicossocial que acompanhe o paciente;

V – não cessada a periculosidade, se o laudo pericial indicar tratamento diverso ao previsto em relatório do PAI-PJ, médico psiquiatra ou equipe psicossocial, requerer o tratamento mais benéfico ao paciente¹¹⁰³;

VI – caso o laudo pericial e relatórios indiquem a permanência da internação, solicitar a transferência do paciente para o sistema único de saúde¹¹⁰⁴;

VII – contestar o laudo pericial que condicionar a cessação de periculosidade à existência de vínculo familiar¹¹⁰⁵.

Art. 818. Promover os meios necessários para que o paciente não cumpra a medida de segurança em unidade prisional¹¹⁰⁶.

Art. 819. Solicitar a extinção da medida de segurança após o decurso de 1 (um) ano da desinternação ou liberação condicional, se não houver notícia de fato indicativo de persistência da periculosidade, independentemente da realização de exame de cessação de periculosidade, uma vez que a legislação penal não exige¹¹⁰⁷.

¹¹⁰¹ Vide artigo 113 do CP, por analogia.

¹¹⁰² Vide artigo 176 da LEP.

TJMG, Apelação Criminal 1.013.12.031810-7, 0318107-96.2012.8.13.0313, DJ 25.02.14.

¹¹⁰³ Vide portaria conjunta n. 25 de 2001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Corregedoria-Geral de Justiça.

¹¹⁰⁴ Vide portaria GM 52 de 2004; lei estadual n. 11.802 de 1995; e Lei 10.216/2001.

Norma Técnica n. 6 da Comissão Especializada em Execução Penal do CONDEGE.

¹¹⁰⁵ A questão de apoio familiar ou local para que o paciente será encaminhado após a soltura é de saúde pública e foge à esfera de execução penal.

¹¹⁰⁶ Vide artigo 82.1 das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, aprovada em Genebra pela ONU, em 1995; ítem3, “dos infratores da lei”, da Resolução 46/119, de 17 de dezembro de 1991, da ONU; Resolução nº 05, em 04 de maio de 2004, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Portaria GM/MS nº 336, de 19 de fevereiro de 2002;

STJ, RHC 38.499-SP, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, julgado em 11/3/2014, Informativo 537; STF, Informativo 753, HC 122670/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 5.8.2014; HC-122670.

¹¹⁰⁷ Vide artigo 97, § 3º e, por analogia, artigo 90 do Código Penal.

Parágrafo único. A reinternação do paciente só é possível mediante laudo médico indicando a necessidade da internação, nos termos do artigo 6º da Lei 10.216 de 2001 e Resolução 05/04 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

CAPÍTULO XIX DA CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE

Art. 820. Tanto para o incidente de instauração de sanidade mental quanto para o exame de cessação de periculosidade, sugere-se a formulação dos seguintes quesitos:

I – o acusado era ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou tinha a sua capacidade reduzida por alguma razão?

II – o acusado ao tempo da ação ou omissão tinha plena capacidade para determinar-se de acordo com o entendimento do caráter ilícito do fato ou tinha a sua capacidade reduzida?

III – encontra-se cessada a periculosidade?

IV – inimputável o agente indique o perito na forma da Lei 10.216/01, qual a melhor forma de tratamento para o paciente no momento, internação ou tratamento ambulatorial?

V – semi-inimputável o agente indique o perito se o acusado necessita de especial tratamento curativo e qual modalidade deste tratamento: internação ou tratamento ambulatorial?

VI – verificada a hipótese do inciso anterior se, em face do transporte, tem o paciente condição de cumprir com as regras próprias de uma unidade prisional?

VII – em sendo necessário a internação, e tendo esta na forma da Lei 10.216/01, a finalidade permanente da reinserção do paciente em seu meio social indique o perito o que deve ser feito para que isto ocorra, bem como o hospital onde poderá ocorrer a internação do paciente, na forma do art. 9º da referida lei;

VIII – no caso do tratamento indicado ser ambulatorial, indique o Perito o local onde o mesmo deverá ser realizado;

IX – em sendo indicada a internação indique o perito quando deverá o paciente ser submetido a novo exame, a fim de averiguar se esta continua sendo necessária.

CAPÍTULO XX DOS INCIDENTES NA EXECUÇÃO PENAL

Art. 821. Se o crime do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, foi considerado não hediondo pelo juízo de origem, com efeito da imutabilidade pelo trânsito em julgado, solicitar ao juízo da execução penal que a pena seja lançada no atestado de penas como comum.

Art. 822. Se a guia de execução refletir condenação nas penas do artigo 12 da Lei 6.368/76, verificar se a aplicação integral do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 será mais vantajosa ao sentenciado¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁸ TJMG Agravo em Execução Penal Nº 1.0231.13.025400-7/001.



Parágrafo único. A análise referida no *caput* pode ser realizada pelo próprio juízo da execução penal¹¹⁰⁹.

Art. 823. Verificar se o regime inicial de cumprimento de pena por crime hediondo está fundamentado no inconstitucional art. 2º da Lei n. 8.072/90¹¹¹⁰.

Parágrafo único. A adequação do regime inicial, nos termos do artigo 33 do CP, pode ser realizada pelo próprio juízo da execução penal¹¹¹¹.

Art. 824. Solicitar ao juízo de execuções penais a extinção de punibilidade pela *abolitio criminis*, em razão da lei n. 10.826/03 que estabelece em seus artigos 30 e 32, normas que excluem a tipicidade da conduta dos possuidores de arma de fogo¹¹¹², até 31 de dezembro de 2009¹¹¹³.

Art. 825. Pleitear ao juízo das execuções o reconhecimento de crime único entre estupro e atentado violento ao pudor, em relação a fatos anteriores à vigência da lei 12.015/09¹¹¹⁴.

Art. 826. Observar nas guias de execuções a existência de crime continuado, nos termos dos artigos 71 do CP e 82 do CPP.

Art. 827. Pleitear, quando existente, a prescrição da pretensão punitiva e executória, uma vez que a análise pode não ter se dado em âmbito criminal.

Art. 828. Com a juntada de nova guia de execução, solicitar a soma de penas, com a escolha de novo regime e novo marco para futuras progressões, nos termos do artigo 111 da LEP e 33 do CP.

Parágrafo único. Em que pese uniformização de jurisprudência do TJMG¹¹¹⁵ que fixa como marco para futuras progressões a última condenação com trânsito em julgado, deve ser solicitado o marco que mais beneficia o direito de liberdade do sentenciado, ou seja, na maior parte dos casos, a data da última prisão¹¹¹⁶.

¹¹⁰⁹ Súmula 611 do STF.

¹¹¹⁰ **TJMG:** Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº. 1.0145.09.558174-3/003 (possibilidade de fixação de regime prisional aberto ou semiaberto aos condenados pelo delito de tráfico de drogas em sua figura privilegiada).

¹¹¹¹ Súmula Vinculante n. 26.

¹¹¹² STJ, AgRg no HC 83680 / MS – Rel. Min. Paulo Gallotti – 19.12.2007.

¹¹¹³ Vide prorrogação do prazo pelo artigo 20 da Lei 11.992, de 13 de abril de 2009, até 31 de dezembro de 2009.

¹¹¹⁴ STJ, Processo HC 193882 / SP HABEAS CORPUS 2011/0002688-4 Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 – QUINTA TURMA Data do Julgamento 07/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 14/02/2012.

¹¹¹⁵ Uniformização de Jurisprudência contido no Agravo em Execução Penal n. 1.0704.09.136730-7/001, publicado em 22/08/2012.

¹¹¹⁶ **TJMG:** 1.0079.10.015183-0/001 Relator(a) Des.(a) Herbert Carneiro Data da Publicação: 3/10/2012; **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0231.07.097119-8/0010932528-11.2012.8.13.0000 (1) Relator(a) Des.(a) Nelson Missias de Moraes. DJ: 25/10/2012; **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0313.09.271722-9/001; **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0231.14.028443-2/001, Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, DJ 16.04.15, data da publicação da súmula 24/04/15.

Nota Técnica n. 8 da Comissão Especializada em Execução Penal do CONDEGE.

Art. 829. Se as penas somadas ultrapassarem 30 (trinta) anos, solicitar a limitação ao cumprimento da pena nos termos do artigo 75 do CP.

§ 1º Sobrevindo nova condenação penal após a decisão de limitação ao cumprimento da pena:

I – se o fato for posterior ao início da execução penal, e o restante da pena unificada a cumprir, somada com as novas guias, ultrapassar 30 (trinta) anos, pleitear nova unificação, nos termos do §2º, cumulado com o *caput* do artigo 75 do CP;

II – se o fato for anterior ao início da execução penal, mesmo se ultrapassar 30 anos, o artigo 75, parágrafo segundo não pode obstar a detração do período de pena já cumprida¹¹¹⁷;

III – mesmo se o fato for posterior, se o restante da pena unificada a cumprir, somada com as novas guias, não ultrapassar 30 (trinta) anos, zelar para que ocorra simples soma de penas, nos termos do artigo 111, parágrafo único da LEP.

§2º O requisito objetivo para a concessão de livramento condicional e progressão de regime deve ser verificado no montante da pena total e não da pena unificada, nos termos da súmula 715 do STF.

Art. 830. A causa especial de aumento de pena pela associação eventual de agentes para a prática dos crimes da lei de tóxicos, antes prevista no artigo 18, inciso III, *ab initio*, pela Lei 6.368/76, não foi mencionada na Lei 11.343/06, razão pela qual deve-se requerer a *abolitio criminis*¹¹¹⁸.

Art. 831. No concurso de crimes, verificar no atestado de pena se a pena do crime comum consta no campo de pena comum e não hedionda.

Parágrafo único. É defensável a tese de que no concurso formal ou crime continuado, com penas comuns e hediondas, o aumento da pena, em razão do crime menos grave, se comum, deve figurar no campo de penas comum e não hedionda¹¹¹⁹.

Art. 832. Observar se a pena do crime de latrocínio consta no campo de pena comum ou hedionda, uma vez que apenas a parte final do artigo 157, §3º, do CP considera o crime como hediondo, nos termos do artigo 1º da Lei 8072/90.

Art. 833. Zelar para que a pena do homicídio qualificado-privilegiado seja alocada no campo de pena comum, uma vez que o âmbito subjetivo privilegiado exclui a hediondez¹¹²⁰.

Art. 834. Com o advento da Lei n. 12.850/13, que modificou a redação do *caput* e parágrafo único do artigo 288 do CP, a pena do delito de associação criminosa, aumenta-se até a metade, se a associação é armada.

¹¹¹⁷ TJMG: Agravo em Execução Penal [1.0105.08.260862-8/004](#), 1ª CÂMARA CRIMINAL, Des.(a) Silas Vieira, DJ 24.02.15.

¹¹¹⁸ STJ, RHC 21062, 5ª Turma, Min(a). Laurita Vaz, DJ 14.05.2007, p. 335.

¹¹¹⁹ TJMG 1.0079.11.006.633-3/001.

¹¹²⁰ STJ. 6ª T. do C. STJ no HC nº 23408/MT, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 03.02.2004, in DJ 01.03.2004, p. 198.



Parágrafo único. Assim, verifica-se a *novatio legis in melius* em relação ao delito previsto no artigo 288, parágrafo único, do CP, com a redação do lei 12.850 de 2003, e deve retroagir para beneficiar o sentenciado¹¹²¹.

Art. 835. Pleitear a retificação do atestado de pena quando constar pena de crime de estupro de vulnerável, praticado antes da Lei 12.015/09, em campo de pena hedionda, para campo de pena comum¹¹²².

Art. 836. Verificar se o atestado de pena considera a progressão de 1/6 (um sexto) da pena em crime hediondo praticado antes da Lei n. 11.464/07¹¹²³.

CAPÍTULO XXI DA PRESCRIÇÃO

Art. 837. Analisar em todas as guias de execuções a possibilidade de requerimento de extinção de punibilidade pela declaração da prescrição da pretensão punitiva.

Parágrafo único. A declaração da prescrição da pretensão punitiva tem o condão de retirar o efeito primário e secundário da pena e evitaria a reincidência.

Art. 838. A prescrição da pretensão executória deve ser analisada crime a crime, isoladamente, e não pela pena integral constante em atestado de pena, aplicando-se por analogia o artigo 119 do Código Penal¹¹²⁴.

CAPÍTULO XXII DA COMUTAÇÃO

Art. 839. Analisar o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo para a percepção do benefício da comutação ano a ano.

§ 1º Observar a inexistência de aplicação de sanção por falta disciplinar de natureza grave, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, nos últimos 12 (doze) meses contados retroativamente à data indicada no Decreto Presidencial anual de indulto e comutação¹¹²⁵.

¹¹²¹ **TJMG:** 1.0024.03.149.523-7/003.

¹¹²² **TJMG,** Agravo nº 1.0000.08.470162-2/001, Rel. Helcio Valentim, j. 08/07/08, p. 19-07-08;

STJ, REsp 1103032/RJ, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 21/09/2009.

¹¹²³ Súmula 471 do STJ.

¹¹²⁴ **TJMG:** Revisão Criminal 1.0000.14.000018-3/000, Des.(a) Alberto Deodato Neto, 3º Grupo de Câmaras Criminais. DJ 18/08/14.

¹¹²⁵ Artigo 5º do Decreto 8.380/14 e artigo 5º do Decreto 8.615/15.

§ 2º A prática de falta disciplinar de natureza grave não interrompe o prazo para fim de comutação ou indulto¹¹²⁶.

Art. 840. Quando uma nova guia de recolhimento for juntada aos autos de execução penal, zelar para que a pena do novo crime não seja computada na base de cálculo do benefício da comutação dos anos anteriores à data da expedição da nova guia de execução¹¹²⁷.

Art. 841. No processo de execução com pena hedionda e comum, verificar a possibilidade do benefício da comutação da pena comum, cumprido o quantum de pena hedionda exigida no Decreto do Indulto¹¹²⁸.

Art. 842. Observar se a pena remida foi considerada como pena cumprida para fins de comutação.

Art. 843. O defensor público deve examinar, no caso concreto, se é mais benéfico ao sentenciado a comutação da pena cumprida ou da pena remanescente¹¹²⁹

Art. 844. Sustentar que não se exige mais consulta ao Conselho Penitenciário (COPEN) para análise do benefício de indulto e comutação.

§ 1º A exigência de oitiva prévia desse órgão de execução não consta mais em Decretos Presidenciais desde o Decreto n. 8.172/13.

§ 2º O artigo 112, 2º da LEP estabelece identidade procedimental entre a apuração dos benefícios e não prevê essa exigência¹¹³⁰.

CAPÍTULO XXIII DO INDULTO

Art. 845. O defensor público deve acompanhar todos os anos o teor dos Decretos que concedem indulto às pessoas condenadas ou submetidas à medida de segurança.

Art. 846. Observar, no caso concreto, se é mais benéfico ao sentenciado:

¹¹²⁶ Súmula n. 536 do STJ.

¹¹²⁷ Vide artigo 6o, IV e 8º do Decreto 8.380/14 ou equivalente.
Agravo em Execução Penal 1.0231.12.029735-4/001, Relator(a): Des.(a) Matheus Chaves Jardim, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/04/2014, publicação da súmula em 28/04/2014; Agravo em Execução Penal 1.0231.12.014478-8/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/04/2014, publicação da súmula em 30/04/2014.

¹¹²⁸ Artigo 8o, parágrafo único do Decreto 8.380/14e do Decreto 8.615/15.

¹¹²⁹ Artigo 2º, §2o do Decreto 8.380/14 e Decreto 8.615/15.

¹¹³⁰ Vide parecer do PGR n. 25266/2015 – ASJCRIM/SAJ/PGR do processo de execução penal de José Genoíno Neto.



I – o requerimento do benefício do indulto das guias de execuções anteriores à expedição da nova guia de execução¹¹³¹ ou;

II – a soma de penas, a depender do marco utilizado para futuras progressões.

Art. 847. Na hipótese de condenação a pena privativa de liberdade, com conversão em duas penas restritivas de direito, é defensável a tese de que o requisito objetivo previsto no Decreto de indulto possa seja verificado em apenas uma das penas restritivas¹¹³².

Art. 848. Quando existir cumprimento integral da pena hedionda e mais o cumprimento de tempo necessário para indulto da pena comum, requerer a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena hedionda e o indulto da pena comum.

Art. 849. É defensável, embora minoritária, a tese de cabimento do benefício do indulto da pena de multa mesmo que o crime praticado seja considerado hediondo¹¹³³.

Art. 850. Os requisitos do indulto são analisados na data da publicação do Decreto Presidencial, portanto, zelar para que a revogação do livramento condicional em data posterior não tenha o condão de retroagir para afastar o preenchimento do requisito objetivo¹¹³⁴.

Art. 851. Zelar para que o requerimento do benefício de indulto tenha tramitação prioritária, uma vez que o pedido tem natureza de matéria prejudicial¹¹³⁵.

Art. 852. Em regra, as condições para a concessão do direito ao indulto devem ser satisfeitas em período anterior a data de 25 de dezembro do ano do Decreto Presidencial.

Parágrafo único. Quanto ao prazo da circunstância a ser considerada para a concessão do indulto para pessoas que estejam em livramento condicional ou cumprindo pena em regime aberto, temos duas teses que podem ser aplicadas¹¹³⁶:

I – até 25 de dezembro do ano do Decreto, inclusive considerando-se a concessão do benefício com data retroativa¹¹³⁷;

¹¹³¹ Artigo 6o, IV e 8o do Decreto 8.380/14.

Agravo em Execução Penal 1.0231.12.014478-8/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/04/2014, publicação da súmula em 30/04/2014

¹¹³² TJMG, Agravo em Execução Penal 1.0210.13.004061-6/001, Relator: Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, DJ: 11/12/2014, data de publicação da súmula: 19/12/2014.

¹¹³³ TJMG: Agravo em Execução Penal 1.0231.09.136242-7/001, Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, DJ 27.05.14, data da publicação da súmula 30.05.14.

¹¹³⁴ TJMG: Agravo em Execução Penal 1.0231.13.003885-5/004, Des.(a) Maria Luíza de Marilac, DJ 27.01.15, data da publicação da súmula 06.02.2015.

¹¹³⁵ Artigo 11, §3º do Decreto 8.615/15.

¹¹³⁶ O inciso XIV, do artigo 1º, dos Decretos 7.648 de 2011 e 7.873 de 2012, inciso XV, do artigo 1º, dos Decretos 8.172 de 2013 e 8.380 de 2014, e inciso XVI do artigo 1º do Decreto 8.615 de 2015.

¹¹³⁷ **TJMG:** Agravo em Execução Penal 1.0143.12.000384-1/001 / **TJMG** – Processo n.º 1.0000.09.490144-4/001 – Des. Relator: ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS – Data da publicação:12/08/2009.

II – na data da concessão do indulto, pois a redação prevê a concessão do benefício aos sentenciados *que estejam* em livramento condicional ou cumprindo pena em regime aberto¹¹³⁸.

Art. 853. Quando existir pena hedionda e pena comum no atestado de pena, verificar se o indulto da pena comum será ou não mais vantajoso do que o requerimento do benefício da comutação, antes de realizar o pedido.

¹¹³⁸ Essa tese é aplicada de forma majoritária pela composição atual do Conselho Penitenciário.



Parte Segunda: LIVRO IX – Da Atuação em Matéria Criminal
11.9

TÍTULO IX DA ATUAÇÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA E TRIBUNAIS SUPERIORES – CRIMINAL

CAPÍTULO ÚNICO DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E TRIBUNAIS SUPERIORES – CRIMINAL

SEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 854. As atribuições dos Defensores Públicos com atuação na Segunda Instância e Tribunais Superiores, no âmbito criminal (DESITS-CRIM), estão definidas na Deliberação nº 019/09, do Conselho Superior da Defensoria Pública.

Parágrafo único. As regras de funcionamento da DESITS-CRIM são estabelecidas por meio de Portaria¹¹³⁹.

Art. 855. Aos defensores públicos com atuação na segunda instância e tribunais superiores, no âmbito criminal, incumbe o acompanhamento de ações e recursos interpostos pelos defensores públicos com atuação em primeira instância, cabendo-lhes especialmente:

- I** – o recebimento de intimação de inclusão de processo em pauta para julgamento;
- II** – a apresentação de memoriais e a realização de sustentação oral perante o TJMG;
- III** – a ciência dos despachos, decisões monocráticas e acórdãos proferidos pelos Desembargadores do TJMG;
- IV** – a interposição de embargos de declaração;
- V** – a interposição de embargos infringentes;
- VI** – a interposição de recurso especial e recurso extraordinário;
- VII** – a apresentação de contrarrazões de recurso especial;
- VIII** – a apresentação de contrarrazões de recurso extraordinário;
- IX** – a interposição de recurso ordinário;
- X** – a impetração de *habeas corpus* perante os tribunais superiores;
- XI** – o ajuizamento de reclamação constitucional;
- XII** – a interposição de agravo interno;

¹¹³⁹ Portaria nº 01/2014.

- XIII** – a interposição de agravo em face de denegação de recurso especial;
- XIV** – a interposição de agravo em face de denegação de recurso extraordinário;
- XV** – a apresentação de contraminuta de agravo em face de denegação de recurso especial intentado pelo Ministério Público;
- XVI** – a apresentação de contraminuta de agravo em face de denegação de recurso extraordinário intentado pelo Ministério Público;
- XVII** – a impetração de mandado de segurança em matéria criminal;
- XVIII** – a apresentação de contraminuta de agravo de instrumento criminal, por analogia à segunda instância cível (art.2º,§3º, Deliberação nº 019/09);
- XIX** – a apresentação de petições intermediárias.

Art. 856. As razões e contrarrazões dos recursos interpostos em primeira instância deverão ser apresentadas pelo órgão de execução com atribuição perante o juízo de primeiro grau.

Art. 857. A propositura das revisões criminais de competência do Tribunal de Justiça é de atribuição do defensor público com atuação perante o juízo criminal de origem.

Art. 858. O acompanhamento dos processos em tramitação nos Tribunais Superiores constitui prerrogativa da Defensoria Pública da União enquanto os Estados, mediante lei específica, não organizarem sua Defensoria Pública para atuar continuamente em Brasília/DF, inclusive com sede própria¹¹⁴⁰.

SEÇÃO II DAS ATRIBUIÇÕES

SUBSEÇÃO I DA INTIMAÇÃO DE INCLUSÃO DE PROCESSO EM PAUTA PARA JULGAMENTO, DA APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS E DA SUSTENTAÇÃO ORAL

Art. 859. Os defensores públicos com atuação na DESITS/CRIM recebem intimação da inclusão de feitos na pauta da sessão de julgamentos, consoante regra estabelecida por portaria.

Art. 860. O membro da DESITS-CRIM, no momento da intimação de inclusão de feitos em pauta de julgamento, analisa a necessidade de elaboração de memoriais e sustentação oral perante o Tribunal de Justiça.

Art. 861. Os requerimentos para a realização de sustentação oral, formulados por assistidos e defensores públicos com atuação perante o juízo de primeira instância, são encaminhados ao Coordenador da DESITS-CRIM e distribuídos entre os seus integrantes, na forma estabelecida por portaria.

¹¹⁴⁰ (AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento nº 915.919-RJ).



SUBSEÇÃO II DA CIÊNCIA DOS DESPACHOS, DECISÕES MONOCRÁTICAS E ACÓRDÃOS

Art. 862. A intimação de despachos, decisões monocráticas e acórdãos ocorre mediante entregados autos à Defensoria Pública, na forma estabelecida por portaria.

Art. 863. Ao aportarem na Defensoria Pública, os autos oriundos do Tribunal de Justiça são distribuídos aos membros da DESITS-CRIM, na forma estabelecida por portaria.

Art. 864. Cabe ao membro da DESITS-CRIM, em se tratando de decisão favorável à defesa e de assistido privado de sua liberdade nos autos recebidos, analisar a necessidade de:

I – requerer a expedição do alvará de soltura;

II – requerer a expedição e remessa de guia de recolhimento provisória ao juízo competente, nos termos do art. 9º §2º, da Resolução nº113/10, do CNJ, caso não expedida em primeira instância;

III – requerer a comunicação da decisão ao juízo da execução provisória, para o devido cumprimento.

Parágrafo único – A análise da situação prisional do assistido pode ser feita por meio de consulta ao Sistema Integrado de Defesa Social (SIDS) e ao SISCON.

SUBSEÇÃO III DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Art. 865. Nos termos do art.619 do CPP, cabem embargos de declaração, no prazo de 02 (dois) dias¹¹⁴¹ a contar da intimação pessoal, quando houver no acórdão ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

Art. 866. Dispõem os § 1º e 2º do art.506, do Regimento Interno do TJMG, que é possível, no julgamento dos embargos de declaração, a correção de erro material e o reconhecimento de matéria de ordem pública a ser conhecida de ofício pelo Tribunal.

Art. 867. São pressupostos de admissibilidade dos embargos de declaração a tempestividade e a indicação dos pontos em que o acórdão é ambíguo, obscuro, contraditório ou omissos, nos termos do art.620, §§1º e 2º, do CPP.

Art. 868. A oposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos.

¹¹⁴¹ Rememorando-se a contagem em dobro dos prazos processuais. (Art. 128, I, da Lei Complementar Federal nº 80/94 e art. 74,I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03).

Art. 869. É indispensável a oposição de embargos de declaração para a configuração do prequestionamento¹¹⁴², caso a questão suscitada pela parte não tenha constado na decisão contra a qual se pretende recorrer¹¹⁴³.

Art. 870. Cabe ao defensor público, ao opor os embargos de declaração, requerer que a matéria seja expressamente enfrentada pelo Tribunal de Justiça sob a ótica da contrariedade aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes à espécie.

Art. 871. A atribuição de efeitos modificativos aos embargos de declaração é cabível nas situações em que, sanada a ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a alteração do julgado surja como consequência natural da correção ali efetuada¹¹⁴⁴.

Art. 872. Os segundos embargos de declaração somente são admissíveis se atacarem imperfeições surgidas no julgamento dos aclaratórios que os antecedem¹¹⁴⁵.

SUBSEÇÃO IV DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Art. 873. Nos termos do art.609, parágrafo único, do CPP, serão opostos embargos infringentes, dentro de 10 (dez) dias, contados da intimação pessoal do acórdão, quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu¹¹⁴⁶.

Art. 874. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

Art. 875. Constitui pressuposto de admissibilidade dos embargos infringentes a indicação da matéria objeto da divergência.

Art. 876. Cabem embargos infringentes contra acórdão proferido no julgamento de recurso de apelação criminal, recurso em sentido estrito e agravo em execução penal.

¹¹⁴² Súmula 98 STJ – Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório.

¹¹⁴³ Súmula 356 STF – O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Súmula 211 STJ – É inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

Súmula 320 STJ – A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.

¹¹⁴⁴ (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1156920/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).

¹¹⁴⁵ (STJ – AgRg nos EDcl no REsp: 968652 SP 2007/0142189-5, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).

¹¹⁴⁶ Rememorando-se a contagem em dobro dos prazos processuais. (Art. 128, I, da Lei Complementar Federal nº 80/94 e art. 74, I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03).



Art. 877. Havendo omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade no voto vencedor, deve-se interpor, primeiramente, embargos de declaração, e, após o julgamento destes, embargos infringentes quanto à matéria objeto da divergência.

SUBSEÇÃO V DAS DISPOSIÇÕES GERAIS DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Art. 878. Nos termos do artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da CF, cabe recurso especial nas causas decididas em única ou última instância pelo Tribunal de Justiça, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, ou quando der à lei federal interpretação divergente que lhe haja atribuído outro tribunal.

Art. 879. Nos termos do artigo 102, inciso III da CF, cabe recurso extraordinário nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

I – contrariar dispositivo da CF;

II – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

III – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF;

IV – julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 880. Os recursos extraordinário e especial, nos casos previstos na CF, serão interpostos no prazo comum de 15 (quinze) dias, perante o Tribunal de Justiça¹¹⁴⁷.

Parágrafo único. As razões de recursos extraordinário e especial serão endereçadas ao STF e STJ, respectivamente.

Art. 881. Opostos e julgados embargos de declaração, após a interposição de recurso especial e recurso extraordinário, deve-se ratificar os apelos raros, sob pena de inadmissibilidade pela intempestividade¹¹⁴⁸.

Parágrafo único. Há decisões do STF em sentido contrário à súmula 418/STJ, entendendo desnecessária a ratificação do apelo extremo após julgamento dos embargos de declaração apresentados por parte diversa¹¹⁴⁹.

Art. 882. A Lei nº 8.038/90, no Título II, Capítulo I, institui as normas procedimentais para o recurso especial e recurso extraordinário.

Art. 883. Estabelece o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no art. 511, que compete à Terceira Vice-Presidência o juízo de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário.

¹¹⁴⁷ Rememorando-se a contagem em dobro dos prazos processuais. (Art. 128, I, da Lei Complementar Federal nº 80/94 e art. 74, I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03).

¹¹⁴⁸ Súmula 418/STJ.

¹¹⁴⁹ Por todas: RE 680371 AgR/SP.

Parágrafo único. O juízo de admissibilidade realizado no Tribunal de Justiça não exclui posterior juízo de admissibilidade pelos Tribunais Superiores.

Art. 884. O esgotamento prévio das vias de impugnação ordinárias é requisito de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário¹¹⁵⁰.

Art. 885. Constitui requisito de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário o prequestionamento da matéria de direito federal infraconstitucional e constitucional federal, respectivamente¹¹⁵¹.

Art. 886. Cabe ao defensor público invocar a ofensa ao artigo 619, do CPP, se a oposição de embargos declaratórios não for suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, uma vez que é indispensável o efetivo exame da matéria pelo Tribunal de Justiça¹¹⁵².

Art. 887. O recurso especial e o recurso extraordinário devem se limitar à matéria de direito e não demandar novo exame dos elementos probatórios carreados aos autos¹¹⁵³.

Parágrafo único. Permite-se submeter à apreciação dos Tribunais Superiores a valoração jurídica atribuída sobre os fatos assentados pelo Tribunal de Justiça como incontrovertidos.

Art. 888. Cabe ao defensor público impugnar todos os fundamentos apresentados no acórdão recorrido para sustentar a decisão.

Art. 889. Cabe ao defensor público, caso necessário, apresentar simultaneamente o recurso especial e o recurso extraordinário¹¹⁵⁴.

SUBSEÇÃO VI DO RECURSO ESPECIAL

Art. 890. Não é admissível recurso especial contra decisão monocrática do relator do Tribunal de Justiça, porquanto necessário o exaurimento dos recursos ordinários cabíveis e que a decisão tenha sido proferida por um tribunal.

¹¹⁵⁰ Súmulas 207/STJ e 281/STF.

¹¹⁵¹ Súmula 282/STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

¹¹⁵² O STJ admite o prequestionamento implícito que consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. (REsp 155621/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, CORTE ESPECIAL)

O STF não tem admitido o prequestionamento implícito. (RE 428.194 AgR/MG, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 28.10.2005); (AI 557.344 AgR/DF, rel. Mi n. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 11.11.2005); (RE 468523, Rel. Min. Ellen Gracie).

¹¹⁵³ Súmulas 07/STJ e 279/STF.

¹¹⁵⁴ Súmula 126/STJ – É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infra-constitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Súmula 283/STF – É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.



Art. 891. Não se conhece do recurso especial quando a orientação do Superior Tribunal de Justiça se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida¹¹⁵⁵.

Parágrafo único. O óbice do enunciado de Súmula nº 83/STJ é aplicável ao recurso especial interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional.

Art. 892. Nas razões do recurso especial, devem ser expressamente apontados os artigos de lei federal tidos por violados.

Art. 893. É requisito específico de admissibilidade para o recurso especial interposto com fundamento na alínea *c*, do artigo 105, III, da CF, a demonstração do dissenso pretoriano, realizando um cotejo analítico entre o acórdão hostilizado e o acórdão paradigma.

§ 1º A transcrição das ementas dos julgados ou do seu inteiro teor é insuficiente para a comprovação do dissídio pretoriano¹¹⁵⁶.

§ 2º O acórdão paradigma pode ser do próprio Superior Tribunal de Justiça.

§ 3º A divergência entre decisões do mesmo tribunal não permite a interposição do recurso especial¹¹⁵⁷.

Art. 894. O recurso especial interposto pela alínea *c* do permissivo constitucional também deve atender ao requisito do prequestionamento, exigindo-se, pois que o Tribunal de Justiça manifeste-se acerca da matéria jurídica¹¹⁵⁸.

Art. 895. Cabe ao defensor público, ao interpor o recurso especial com base na alínea *c*, do artigo 105, inciso III, da CF, evitar a apresentação de decisão proferida em sede de *habeas corpus* para fins de comprovação do dissenso jurisprudencial¹¹⁵⁹.

Art. 896. Deve o defensor público, nos termos do disposto no art. 26, parágrafo único da Lei 8.038/90 e art. 255, §§1º e 3º, do RISTJMG, quando o recurso especial se fundar em dissídio, apresentar com as razões recursais a certidão de publicação, cópia autenticada do acórdão paradigma ou a citação do repositório oficial.

SUBSEÇÃO VII DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Art. 897. Nas razões do recurso extraordinário, devem ser expressamente apontados os artigos da CF tidos por violados.

¹¹⁵⁵ Súmula nº 83/STJ.

¹¹⁵⁶ Artigo 255, §2º, RISTJMG.

¹¹⁵⁷ Súmula 13/STJ.

¹¹⁵⁸ (STJ – AgRg no AREsp 165797 / PR)

¹¹⁵⁹ (STJ – AgRg no REsp 1390977 / MS).

Art. 898. Não é cabível o recurso extraordinário quando, para sustentar a ofensa à norma constitucional, for necessário alegar descumprimento de lei federal, por se tratar de violação reflexa.

Art. 899. A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de se demonstrar a repercussão geral¹¹⁶⁰ da questão de natureza constitucional objeto do recurso extraordinário, conforme previsão no artigo 102, §3º, da CF.

§1º O instituto da repercussão geral foi regulamentado por meio de alterações no CPC (artigos 543-A e 543-B) e RISTF.

¹¹⁶⁰ Hipóteses de repercussão geral, já reconhecidas pelo STF em matéria criminal:

1. Constitucionalidade do art. 362 do Código de Processo Penal (dispositivo que trata da citação por hora certa) CITAÇÃO POR HORA CERTA – ARTIGO 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da constitucionalidade, ou não, da citação por hora certa, prevista no artigo 362 do Código de Processo Penal. (RE 635145 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 08/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013)

2. Necessidade de condenação com trânsito em julgado para se considerar como falta grave, no âmbito administrativo carcerário, a prática de fato definido como crime doloso. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANIFESTAÇÃO SOBRE REPERCUSSÃO GERAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. ART. 52 DA LEP. FALTA GRAVE. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO POR CRIME DOLOSO PARA CARACTERIZAÇÃO DA FALTA GRAVE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. RELEVÂNCIA JURÍDICO-SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NOS AUTOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 776823 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014)

3. Suspensão dos direitos políticos de condenado a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito DIREITOS POLÍTICOS – CONDENAÇÃO CRIMINAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – ARTIGO 15, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO NA ORIGEM – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. (RE 601182 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/03/2011, DJe-068 DIVULG 08-04-2011 PUBLIC 11-04-2011 EMENT VOL- 02500-02 PP-00380)

4. Consideração de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base EMENTA: MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIACÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 593818 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 26/02/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01118)

5. Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão Matéria Criminal. Busca e apreensão em residência sem mandado judicial. Inviolabilidade do domicílio. Prova ilícita. Repercussão geral admitida. Repercussão geral A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo STF. (RE 603616 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/05/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-08 PP-01686 RJSP v. 58, n. 396, 2010, p. 163-168 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 495-498)

6. Suspensão de habilitação para dirigir de motorista profissional condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor Ementa: MATÉRIA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. SUSPENSÃO DE HABILITAÇÃO. MOTORISTA PROFISSIONAL. VIOLAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO TRABALHO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Possui repercussão geral a discussão sobre a hipótese de violação do direito constitucional ao trabalho no caso de suspensão da habilitação de motorista profissional condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor. (RE 607107 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 06/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RT v. 101, n. 919, 2012, p. 712-714)

7. Direito do Ministério Público de recorrer, apesar do acolhimento de pleito de impronúncia formulado por Promotor de Justiça posteriormente substituído. MINISTÉRIO PÚBLICO – ATUAÇÃO – POSIÇÕES DIVERGENTES NO PROCESSO – IMPRONÚNCIA – MANIFESTAÇÃO NO MESMO SENTIDO – RECURSO POSTERIOR – INADMISSIBILIDADE NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da possibilidade de o Ministério Público, havendo se manifestado pela impronúncia do acusado, vir a interpor recurso contra decisão no mesmo sentido. (RE 590908 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 08-06-2012 PUBLIC 11-06-2012)

8. Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. (RE 635659 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 08/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700)



§2º A verificação da existência da preliminar de repercussão geral é de competência concorrente do Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

§3º A análise a respeito da existência ou não da repercussão geral é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

SUBSEÇÃO VIII DAS CONTRARRAZÕES DE RECURSO ESPECIAL E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Art. 900. Cabe ao defensor público apresentar contrarrazões de recurso especial e de recurso extraordinário no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 27, *caput*, da Lei 8.038/90¹¹⁶¹.

Art. 901. Deve o defensor público, antes de adentrar no mérito recursal, sustentar as preliminares que impedem a admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário.

SUBSEÇÃO IX DO RECURSO ORDINÁRIO

Art. 902. Cabe ao defensor público interpor recurso ordinário contra decisão do Tribunal de Justiça que, em única instância, denegar *habeas corpus* e mandado de segurança, nos termos do artigo 105, inciso II, alíneas *a* e *b*, da CF.

Art. 903. O recurso ordinário será interposto, conforme o caso, perante o Primeiro Vice-Presidente ou o Terceiro Vice-Presidente, nos prazos de 5 (cinco) dias, no caso de decisão denegatória de *habeas corpus*, e de 15 (quinze) dias, no caso de decisão denegatória de mandado de segurança¹¹⁶².

Parágrafo único. As razões recursais serão endereçadas ao STJ.

Art. 904. A Lei nº 8.038/1990, no Título II, Capítulos II e III, institui as normas procedimentais para o recurso ordinário em *habeas corpus* e em mandado de segurança.

Art. 905. Cabe ao defensor público, caso entenda necessário, requerer a concessão de liminar.

Art. 906. No processo e julgamento do recurso ordinário, será aplicado, no que couber, o disposto com relação ao pedido originário de *habeas corpus*.

¹¹⁶¹ Rememorando-se a contagem em dobro dos prazos processuais. (Art. 128, I, da Lei Complementar Federal nº 80/94 e art. 74, I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03).

¹¹⁶² Rememorando-se a contagem em dobro dos prazos processuais. (Art. 128, I, da Lei Complementar Federal nº 80/94 e art. 74, I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03).

SUBSEÇÃO X DO HABEAS CORPUS

Art. 907. O defensor público deverá avaliar, caso a caso, qual o melhor instrumento para impugnar o acórdão.

§ 1º Em se tratando de assistido respondendo ao processo em liberdade, e não havendo execução em andamento por outra condenação, recomenda-se interpor o recurso cabível para impedir o trânsito em julgado.

§ 2º Em se tratando de assistido preso deverá o defensor público avaliar a possibilidade de interposição de *habeas corpus* substitutivo, nas hipóteses admitidas pela jurisprudência.

Art. 908. O *habeas corpus* poderá ser utilizado como medida cautelar para garantir a efetividade da tutela de eventual recurso interposto e que será julgado pelos tribunais superiores¹¹⁶³, ou como substitutivo recursal¹¹⁶⁴.

Art. 909. O *habeas corpus* como substitutivo recursal é indicado para os casos em que a matéria possuir relevância, a ilegalidade for evidente e contrariar jurisprudência dos tribunais superiores¹¹⁶⁵, bem como nos casos em que a demora no julgamento do recurso

¹¹⁶³ E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – PRISÃO CAUTELAR – DURAÇÃO IRRAZOÁVEL QUE SE PROLONGA, SEM CAUSA LEGÍTIMA, POR QUASE SEIS (06) ANOS – CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DE OFENSA EVIDENTE AO “STATUS LIBERTATIS” DO PACIENTE – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A UTILIZAÇÃO, PELO RÉU, DO SISTEMA RECURSAL, POR QUALIFICAR-SE COMO EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO, NÃO PODE SER INVOCADA, CONTRA O ACUSADO, PARA JUSTIFICAR O PROLONGAMENTO INDEVIDO DE SUA PRISÃO CAUTELAR – INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO – AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. – O excesso de prazo, mesmo tratando-se de delito hediondo (ou a este equiparado), não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, a imediata revogação da prisão cautelar do indiciado ou do réu. – A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. – O direito de recorrer representa prerrogativa legítima do acusado (de qualquer acusado), não se qualificando, por isso mesmo, como ato caracterizador de conduta processual procrastinatória. – Na realidade, a utilização, pelo réu, dos recursos penais cabíveis, além de constituir prerrogativa que lhe não pode ser negada, traduz exercício regular de um direito, cuja prática não autoriza seja ela invocada, pelos órgãos da persecução penal, como fator de legitimação do abusivo prolongamento da prisão cautelar do acusado. (HC 100574, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010 EMENT VOL-02396-02 PP-00291)

¹¹⁶⁴ STF, HC 110328, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 06-02-2015 PUBLIC 09-02-2015

¹¹⁶⁵ STJ, HC 248.502/SP, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 11.03.2014.



previsto implicar a perda do objeto em decorrência do cumprimento integral da pena¹¹⁶⁶.

§ 1º Considera-se matéria relevante quando o paciente estiver preso ou cumprindo pena e a concessão da ordem de *habeas corpus* implicar expedição de alvará de soltura, modificação da pena ou alteração de regime¹¹⁶⁷.

§ 2º Ilegalidade evidente é aquela que não dependente de instrução probatória¹¹⁶⁸.

Art. 910. O *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário e contra indeferimento de liminar¹¹⁶⁹ poderá ser utilizado nos casos em que a decisão for teratológica e contrariar jurisprudência dominante dos tribunais superiores¹¹⁷⁰.

Art. 911. É possível a impetração de *habeas corpus* para discutir matérias objetivas na execução da pena, principalmente quando a decisão favorável implicar mudança do regime ou na data para a concessão de benefícios¹¹⁷¹.

Art. 912. É cabível interposição de *habeas corpus* para discutir a pena aplicada ou modificação do regime, em especial nos casos em que a decisão contrariar jurisprudência dos tribunais

¹¹⁶⁶ HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TICIPIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO.

1. Reconhece-se a aplicação do princípio da insignificância quando verificadas “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004).

2. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento da paciente, que subtraiu um edredom usado, avaliado em R\$ 50,80 (cinquenta reais e oitenta centavos), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta.

3. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte e também no Supremo Tribunal, a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não impedem a aplicação do princípio da insignificância.

4. Ordem concedida a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver a paciente do crime de que cuida a Ação Penal nº 0518.09.173329-6, que tramitou perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Poços de Caldas/MG. (HC 182.356/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 13/12/2010)

¹¹⁶⁷ STJ, HC 160.231/MG, Relator Ministro MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 19.05.2015)

¹¹⁶⁸ Não exclui o interesse de agir, pela falta de adequação, a previsão legal de recurso específico para atacar o ato apontado como restritivo ou ameaçador da liberdade do paciente: é que o Habeas Corpus constitui remédio mais ágil para a tutela do indivíduo e, assim, sobrepõe-se a qualquer outra medida, desde que a ilegalidade possa ser evidenciada de plano, sem necessidade de um reexame mais aprofundado da justiça ou injustiça da decisão impugnada...”(RECURSOS NO PROCESSO PENAL, Revista dos Tribunais, 4. ed., 2005, p. 356).

¹¹⁶⁹ Súmula 691 do STF.

¹¹⁷⁰ STF, HC 100574, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010 EMENT VOL-02396-02 PP-00291)

¹¹⁷¹ HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. POSSE INDEVIDA DE INSTRUMENTO CAPAZ DE OFENDER A INTEGRIDADE FÍSICA DE OUTREM. LAUDO PERICIAL. INDISPENSABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com o art. 50, III, da Lei de Execução Penal, comete falta grave o apenado que “possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem”.

2. Para a aplicação da falta disciplinar é indispensável a apreensão do instrumento, com a posterior realização de perícia, a fim de ser comprovada a sua potencialidade lesiva, pois o simples fato de possuir o objeto não implica, necessariamente, nocividade à integridade física.

3. A avaliação da lesividade do objeto pelo simples, e atécnico, olhar de agentes penitenciários ou de testemunhas, não elide a necessidade de perícia do instrumento.

4. Ordem concedida para anular o procedimento administrativo que homologou a falta grave aplicada ao paciente. (HC 184.880/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 02/08/2012)

superiores e a questão for de comprovação objetiva¹¹⁷².

Art. 913. Cabe ao defensor público avaliar a necessidade de impetração de *habeas corpus* quando o assistido estiver preso e a matéria discutida envolver substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos¹¹⁷³.

Art. 914. O defensor público com atuação em segunda instância deverá, preferencialmente, impetrar ordem de *habeas corpus* pela via eletrônica.

Art. 915. O defensor público deverá instruir o *habeas corpus* com todos os documentos mencionados no relatório da petição inicial, legíveis e, na ausência destes, deverá diligenciar, justificando a impossibilidade no registro interno do assistido.

Art. 916. O defensor público deverá apresentar, após o relatório dos fatos, tópico separado e específico justificando a interposição do *habeas corpus*, informando, quando for o caso, a interposição de outros recursos.

Art. 917. O defensor público deverá ser objetivo na exposição da fundamentação, especificando porque a decisão combatida caracteriza constrangimento ilegal e demonstrar, caso a caso, como a decisão pretendida possui relevância para determinar a soltura, redução da pena ou modificação das condições ou espécie de cumprimento de pena.

¹¹⁷² HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ESTUPRO OCORRIDO EM 2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DELITO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA REAL. SÚMULA N. 608 DO STF. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FALTA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA QUANTO À VETORIAL PERSONALIDADE DO AGENTE. REGIME INICIAL FECHADO. ART. 33, § 3º, DO CP. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, SOMENTE PARA REDIMENSIONAR A PENA DO PACIENTE.

1. É pública incondicionada a ação penal decorrente de estupro praticado em 2003, mediante violência real, nos termos da Súmula n.

608 do STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

2. Na espécie, o paciente, para constranger a vítima à conjunção carnal, agrediu-a fisicamente, causando-lhe, entre outras lesões, “escoriações na região cervical, hematoma labial e perda de dentes, além de laceração e sangramento vaginal”.

3. A assertiva genérica de que o réu possui “personalidade desajustada” não autoriza a exasperação da pena-base, razão pela qual essa vetorial deve ser decotada.

4. Ante a quantidade de pena (superior a 4 anos e não excedente a 8 anos) e o registro de circunstâncias judiciais negativas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 6 anos e 10 meses de reclusão.(HC 160.231/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015)

¹¹⁷³ HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente denunciado porque trazia consigo ilegalmente 5 pedras de crack e condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

3. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.(HC 187.213/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)



SUBSEÇÃO XI DA RECLAMAÇÃO

Art. 918. Nos termos do art. 102, inciso I, alínea 'l', e art. 105, inciso I, alínea 'f', ambos da CF, cabe reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, bem como para garantir o exercício da autoridade das decisões emanadas destas cortes.

Art. 919. A Lei nº 8.038/1990, no Título I, Capítulo II, institui as normas procedimentais para a reclamação.

Art. 920. Por se tratar de direito constitucional de petição, a reclamação não tem prazo para ser apresentada.

SUBSEÇÃO XII DO AGRAVO INTERNO

Art. 921. Cabe agravo interno, no prazo de 05 (cinco) dias, em face de decisão monocrática do Desembargador Relator, nas hipóteses previstas no art. 507 do Regimento Interno do TJMG¹¹⁷⁴.

SUBSEÇÃO XIII DO AGRAVO EM FACE DE DENEGAÇÃO DE RECURSO ESPECIAL E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Art. 922. Cabe recurso de agravo, nos próprios autos, em face de decisão do Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça que inadmitir recurso extraordinário e recurso especial.

Art. 923. O prazo de interposição do recurso de agravo é de 05 (cinco) dias, como dispõe o art. 28 da Lei nº 8.038/90^{1175 1176}.

Art. 924. O recurso de agravo deve tratar apenas da matéria relacionada à inadmissão do recurso extraordinário ou especial, sem adentrar no mérito destes recursos.

¹¹⁷⁴ Rememorando-se a contagem em dobro dos prazos processuais. (Art. 128, I, da Lei Complementar Federal nº 80/94 e art. 74, I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03).

¹¹⁷⁵ (STF - ARE nº 746110 Agr/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 17-06-2013).

¹¹⁷⁶ Rememorando-se a contagem em dobro dos prazos processuais. (Art. 128, I, da Lei Complementar Federal nº 80/94 e art. 74, I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03).

SUBSEÇÃO XIV

DA CONTRAMINUTA DE AGRAVO EM FACE DE DENEGAÇÃO DE RECURSO ESPECIAL E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTENTADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 925. A contraminuta de recurso de agravo deve tratar apenas da matéria referente à inadmissão do recurso extraordinário ou especial, sem adentrar no mérito destes recursos.

SUBSEÇÃO XV

DO MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL

Art. 926. Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX da CF e do art.1º da Lei 12.016/09, conceder-se-á mandado de segurança, no prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar da ciência do ato ilegal, para proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Art. 927. O direito deve estar demonstrado por prova pré-constituída.

Art. 928. *Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*¹¹⁷⁷.

Parágrafo único. O STF tem abrandado a rigidez da súmula nº 267, para admitir o mandado de segurança mesmo contra ato judicial passível de recurso, desde que este não tenha efeito suspensivo e não seja apto a evitar dano irreparável.

Art. 929. Nos termos do art. 5º da Lei 12.016/09, não cabe mandado de segurança contra ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, contra decisão judicial que caiba recurso com efeito suspensivo e contra decisão judicial transitada em julgado.

Art. 930. A possibilidade da concessão de liminar está prevista no art. 7º, III da lei 12.016/09.

SUBSEÇÃO XVI

DA CONTRAMINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL

Art. 931. Cabe ao defensor público apresentar contraminuta ao agravo de instrumento criminal no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do artigo 527, V, do Código de Processo Civil¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁷ Súmula 267 do STF.

¹¹⁷⁸ Rememorando-se a contagem em dobro dos prazos processuais. (Art. 128, I, da Lei Complementar Federal nº 80/94 e art. 74, I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03)



SUBSEÇÃO XVII
DAS PETIÇÕES INTERMEDIÁRIAS E COTAS

Art. 932. No âmbito da DESITS-CRIM, são cabíveis petições intermediárias e cotas para manifestações e requerimentos diversos, tais como:

I – ratificação de recurso especial e recurso extraordinário;

II – requerimento de expedição e remessa de guia de recolhimento provisória ao juízo competente, nos termos do art.9º §2º, da Resolução nº113/10, do CNJ, caso não expedida em primeira instância;

III – requerimento de comunicação de decisão favorável ao juízo da execução provisória, para o devido cumprimento;

IV – requerimento de expedição do alvará de soltura, quando houver determinação no acórdão e não cumprimento pela secretaria do Tribunal de Justiça.





Parte Segunda: LIVRO X – DA ATUAÇÃO EM MATÉRIA CÍVEL

12.1

TÍTULO I DA ATUAÇÃO CÍVEL

CAPÍTULO I DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Art. 933. Constitui função institucional a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios¹¹⁷⁹.

Art. 934. O defensor público deve primar pela solução extrajudicial dos conflitos.

Parágrafo único. Em se tratando de demanda contra particular, sempre que possível, o defensor público deverá convocar a parte contrária, via carta com AR, para tentar composição extrajudicial, lavrando termo circunstanciado de toda a sessão, se não for possível ou conveniente buscar solução por telefone, email, ou outro meio que entender adequado.

Art. 935. A atuação extrajudicial da Defensoria Pública compreende as seguintes atribuições¹¹⁸⁰:

- I** – prestar orientação jurídica preventiva nos casos que lhe forem submetidos, incluindo a consultoria sobre a celebração de negócios jurídicos e a análise e redação de minutas contratuais;
- II** – elaborar cartilhas, informativos, pareceres e notificações;
- III** – dar palestras e promover a educação em direitos;
- IV** – promover a composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de litígios;
- V** – realizar inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais pela via administrativa, observadas as disposições da Lei 11.441/07, e utilizar mecanismos semelhantes, quando cabíveis, na composição dos conflitos.

Art. 936. O defensor público deve observar que, quando o número de atuantes na área cível na comarca for de até 02 (dois), é recomendável apenas a modalidade de atuação extrajudicial focada na negociação, na qual o defensor público se posiciona desde o início em prol daquele hipossuficiente que primeiro busca o atendimento na Defensoria Pública.

¹¹⁷⁹ Art. 45, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03 e art. 4º, inc. II da Lei Complementar 80/94.

¹¹⁸⁰ Art. 1º da Resolução da DPMG nº 95/2013.

Art. 937. Nas comarcas com mais de 02 (dois) defensores públicos da área cível, é possível a atuação extrajudicial fazendo uso de técnicas de composição e administração de litígios, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Art. 938. Após o interessado passar pela triagem, o defensor público, no primeiro atendimento, esclarecer-lhe-á sobre a possibilidade, se for o caso, de atuação extrajudicial por meio das técnicas complementares de composição de litígios, informando seu escopo de solução consensual, de forma imparcial.

Art. 939. No âmbito cível, a melhor forma de atuação entre a conciliação e a mediação é a chamada conciliação.

Parágrafo único. Na conciliação mediada o defensor público aplica técnicas da mediação e conciliação, auxilia os interessados a compreenderem as questões e os interesses em conflito e estimula a autocomposição.

Art. 940. A conciliação mediada é regida pelos seguintes princípios:

I – independência;

II – imparcialidade;

III – confidencialidade.

§ 1º A sessão de conciliação mediada é conduzida com independência, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa. Desse modo, o defensor público atuante possui a prerrogativa de recusar, suspender ou interromper a sessão, se não estiverem presentes as condições necessárias para o seu bom desenvolvimento.

§ 2º A imparcialidade se deve ao fato de que o defensor público não atuará em prol de qualquer das partes, não havendo a figura do assistido em sua essência, devendo por isso tal fato ser comunicado ao interessado logo no início do primeiro atendimento, para que o assistido opte conscientemente por uma dessas modalidades.

§ 3º 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.

Art. 941. A conciliação mediada segue o seguinte procedimento:

I – o primeiro atendimento deverá ser com a parte que inicialmente buscou a Defensoria Pública, devendo ser elaborada ata contendo a sua declaração, sem que seja feito qualquer juízo de valor. Ao longo da sessão individual deve-se evitar orientar acerca dos direitos que aquela pessoa possui no caso em específico, o que somente deverá ser informado de forma abstrata;

II – encerrado o primeiro atendimento, o defensor público deverá expedir, preferencialmente por meio de carta com aviso de recebimento, um convite a parte contrária, para que esta compareça a uma sessão individual em dia e horário por ele agendado;



III – comparecendo a parte contrária, também será elaborada uma ata, contendo as suas declarações, sem qualquer juízo de valor e igualmente sem que sejam respondidas questões diretamente ligadas ao caso;

IV – aventando a possibilidade de celebração de acordo, deverá ser agendado dia e horário para sessão conjunta. Esta sessão deverá ser conduzida pelo defensor público, que aplicará técnicas para se alcançar a solução extrajudicial do litígio;

V – caso não compareça, é recomendável que o defensor público convide a parte contrária por até mais 02 (duas) vezes, caso assim deseje aquele que iniciou o procedimento;

VI – não comparecendo a parte contrária ou informando que não deseja celebrar acordo, a atuação extrajudicial deverá ser encerrada e quem deu início ao procedimento deve ser comunicado para que escolha entre arquivar o caso ou ser encaminhado para outro defensor público com atribuição para ajuizamento da ação judicial, para que aquele avalie o seu cabimento;

VII – o defensor público deverá então encaminhar o caso, via memorando, para arquivo ou para o órgão de execução responsável pelas iniciais cíveis¹¹⁸¹.

§ 1º As atas das sessões em que compareceu a parte contrária e os documentos por ela apresentados deverão ser necessariamente arquivados, resguardando o caráter sigiloso dos mesmos, ressalvada a hipótese de autorização de ambas as partes para utilização judicial do procedimento.

§ 2º Na hipótese de a parte contrária comparecer a sessão individual acompanhada de advogado ou comunicar a presença de seu advogado em sessão conjunta a ser designada, o defensor público que conduz a conciliação mediada deverá, ao designar a sessão conjunta, providenciar para que seja designado outro defensor público para atuar em prol dos interesses de quem iniciou o procedimento, mantendo-se sempre imparcial.

Art. 942. O instrumento de celebração da transação, por meio de mediação, conciliação e demais técnicas de composição e administração de litígios será referendado pelo defensor público, para valer como título executivo extrajudicial, e arquivado em modo digitalizado no sistema informatizado interno, ou será submetido à homologação judicial, se as circunstâncias indicarem a conveniência desse procedimento.

Art. 943. A arbitragem consiste no procedimento estabelecido por acordo entre as partes interessadas pelo qual confiam a terceira pessoa a solução de seus litígios relativos a direitos disponíveis.

§ 1º O árbitro escolhido segundo as regras eleitas pelas partes atua como juiz de fato e de direito e a decisão por ele proferida não se submete a recurso ou homologação pelo poder judiciário¹¹⁸².

¹¹⁸¹ Onde houver.

¹¹⁸² Lei 9307/96

§ 2º A Defensoria Pública foi investida expressamente na função de promover a arbitragem¹¹⁸³.

Art. 944. O meio mais adequado para a concretização do procedimento arbitral é a adoção como regra da designação do árbitro pela instituição, em consonância com a legislação arbitral¹¹⁸⁴.

§ 1º As partes que optarem por aderir livremente as normas internas que tratam do procedimento arbitral confiam a solução do litígio à Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais¹¹⁸⁵.

§ 2º Sem prejuízo do estabelecimento de regras internas para o procedimento arbitral, é possível que cada defensor público aplique imediatamente a arbitragem, com a eleição de regras estabelecidas pontualmente entre as partes.

CAPÍTULO II DO ATENDIMENTO

SEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 945. Nas comarcas em que há serviço de apoio, a triagem pode ser feita pelo servidor, desde que supervisionada pelo defensor público.

§ 1º O servidor deve se limitar a orientar o assistido quanto às regras internas de admissão no tocante à hipossuficiência e fornecer listagem de documentos para ser providenciada, constante no SIGED.

§ 2º O servidor deve ser orientado a não emitir opinião jurídica ao assistido, a fim de não gerar expectativas e não contradizer o atendimento posterior do defensor público.

Art. 946. O titular do direito deverá comparecer pessoalmente à Defensoria Pública para que passe a ser assistido.

§ 1º O coordenador poderá autorizar o comparecimento por intermédio de mandatário que deverá apresentar procuração por instrumento público ou instrumento particular com firma reconhecida, nos termos do formulário disponibilizado no SIGED¹¹⁸⁶.

§ 2º Na impossibilidade de constituição de mandatário, o coordenador poderá autorizar o comparecimento de representante de fato, que deverá assinar a declaração de atendimento.

¹¹⁸³ Art. 4º, inciso II da Lei Complementar 80/94, com a redação dada pela Lei Complementar 132/09 e STF, ADI 2922, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgado em 03/04/14 e publicado em 30/10/14.

¹¹⁸⁴ Art. 13, § 3º da Lei 9307/96.

¹¹⁸⁵ Até a redação deste manual encontrava-se para apreciação do Conselho Superior minuta de resolução que “Dispõe sobre a arbitragem e estabelece o regulamento para esta via no âmbito da DPMG”, elaborada pela comissão encarregada pelos estudos sobre a aplicação da arbitragem no âmbito da Defensoria Pública (constituída pelas Resoluções 154/14 e 170/14).

¹¹⁸⁶ Em conformidade com o artigo 6º da Deliberação nº 15/2011 do Conselho Superior da DPMG.



Art. 947. Caso seja verificada a existência de advogado cadastrado nos autos em prol do interessado, o atendimento deve ser descontinuado, orientando-o no sentido de que, caso deseje passar a ser assistido pela Defensoria Pública, deverá retornar com a renúncia do advogado por ele constituído ou com a revogação do mandato concedido, para que seja juntado aos autos quando da manifestação do defensor público.

§ 1º Caso o advogado constituído não receba a revogação ou não renuncie ao mandato, o interessado deverá comprovar o envio do instrumento de revogação do mandato¹¹⁸⁷, notificando-o, com confirmação de recebimento, por carta, telegrama, e-mail, fax ou via cartório de títulos e documentos.

§ 2º Se houver mais de um advogado constituído, o interessado deverá, sempre que possível, providenciar, em face de todos, a renúncia ou a revogação do mandato, ficando dispensado de tal encargo se apresentar declaração firmada por pelo menos um dos causídicos, de que se tratavam de profissionais vinculados ao mesmo escritório à época da contratação.

Art. 948. O defensor público, por determinação das normas internas e por imperativo ético, não deverá atender o assistido enquanto não providenciar a comprovação da renúncia ou a comunicação da revogação do mandato, nos estritos termos acima expostos¹¹⁸⁸.

Art. 949. Após deferimento da assistência jurídica gratuita ao interessado, recomenda-se que o defensor público ou servidor sob sua supervisão efetue o cadastro do assistido no sistema informatizado da DMPG, entregando-lhe o recibo para facilitar futuros retornos.

§ 1º Recomenda-se anexar o print do andamento processual ao recibo de cadastro, orientando o assistido a trazê-los sempre que retornar à Defensoria Pública.

§ 2º Deve-se atentar para que no cadastro constem todos os dados do assistido, como CPF, órgão de emissão da identidade, CEP, etc, devendo ser acrescentados todos os números de telefone que o assistido possa ser encontrado, bem como e-mail, para facilitar o contato.

§ 3º O assistido deve ser orientado a, sempre que alterar seu endereço ou telefone, comunicar imediatamente à Defensoria pública, cabendo ao defensor público atualizar o banco de dados.

Art. 950. É recomendado que o defensor público colha declaração de atendimento do assistido, por escrito, acerca dos fatos relacionados com a demanda, franqueando-lhe a leitura ou providenciando que seja lido seu inteiro teor para que ele aponha sua assinatura.

Parágrafo único. Dispensa-se a declaração aludida no caput quando o defensor público redigir a petição durante o atendimento, sendo que, neste caso, recomenda-se que o assistido assine-a conjuntamente.

Art. 951. Sugere-se que, na declaração do atendimento, o defensor público aproveite para colher, de forma pormenorizada, todos os fatos que versem sobre a demanda, bem como a visão do assistido quanto a ela, propiciando, assim, futura manifestação processual caso não consiga êxito em contatar o assistido ao longo do trâmite processual.

¹¹⁸⁷ Modelo disponível no SIGED.

¹¹⁸⁸ Art. 18 da Deliberação nº 15/2011.

§ 1º O defensor público não deve colocar a declaração do atendimento nos autos processuais, cabendo, tão somente, a transcrição do que for relevante à demanda naquele momento.

§ 2º Deve-se atentar para o fato de que, na ocorrência de conflito, o defensor público com atribuição para atuar em prol da parte contrária terá acesso ao SIGED e, via de consequência, à declaração do atendimento, caso esta tenha sido carregada no sistema.

Art. 952. O defensor público somente deverá reter os documentos do interessado após a triagem e verificação da inexistência de qualquer óbice para que este seja assistido.

Art. 953. O defensor público não deve reter os documentos originais, ressalvados os casos em que a lei exige a apresentação do original nos autos.

Parágrafo único. Não há necessidade das cópias serem autenticadas em cartório, mas cabe ao defensor público, que possui fé pública, a conferência da cópia com o original, antes devolver o documento ao assistido.

Art. 954. O defensor público deve atentar para a disposição legal de que a prova documental deve ser apresentada juntamente com a defesa ou a inicial, ressalvada a hipótese de documentos novos ou aptos a servirem de contraprova a documentos apresentados ao longo da demanda, os quais podem ser juntados aos autos posteriormente.

Art. 955. Tanto no atendimento de defesa quanto no de inicial, o defensor público deve entregar ao assistido o formulário para preenchimento do rol de testemunhas.

§ 1º Caso o assistido deseje a oitiva de suas testemunhas, mas não possua meios de preencher o formulário durante o atendimento, deve ser agendada data próxima para o seu retorno para entrega.

§ 2º O assistido deve ser orientado no sentido de que as testemunhas arroladas devem ter conhecimento dos fatos, preferencialmente, tê-los presenciado.

§ 3º O assistido deve ser orientado acerca de quem são os legalmente impedidos ou suspeitos de figurarem como testemunhas.

§ 4º O assistido deverá ser esclarecido acerca da relevância da testemunha indicada, tanto nos benefícios quanto nos prejuízos decorrentes das declarações feitas em juízo.

Art. 956. Sempre solicitar ao assistido que apresente rol com no mínimo 3 (três) testemunhas, mesmo que o defensor público, a princípio, entenda se tratar de mandado de segurança, porquanto na hora de elaborar a peça o defensor público pode alterar estratégia jurídica.

Art. 957. Quando o assistido não apresentar nenhuma documentação comprovando suas alegações, sugere-se que o defensor público solicite que as testemunhas arroladas por ele forneçam declaração de próprio punho devidamente assinada, narrando os fatos de que têm conhecimento.

Art. 958. O defensor público deve sempre exercer o múnus da educação em direitos e deveres, orientando o assistido, por exemplo, a ler todo o documento antes de assinar, a sempre exigir e guardar cópia dos documentos em quaisquer negociações, a sempre se informar antes de assinar contratos, vender ou adquirir bens, dentre outros.



SEÇÃO II DO ATENDIMENTO NO POLO ATIVO

Art. 959. Em se tratando de demanda contra o poder público, sempre que possível, o defensor público deverá expedir ofícios requisitórios, nos termos do art. 128, X da Lei Complementar Federal 80/94, bem como art. 74, IX, da Lei Complementar Estadual 65/2003, para os órgãos e entidades da Administração Pública solicitando, exemplificativamente:

I – envio de cópia integral de procedimento administrativo;

II – envio de cópia integral de pasta funcional de servidor, quando a demanda envolver tais direitos;

III – esclarecimentos sobre os fatos narrados;

IV – pedido de revisão da decisão administrativa com base no princípio da autotutela e súmula 473 do STF;

V – proposta de solução extrajudicial do conflito;

§ 1º Nos casos dos incisos I e II, é dever do assistido apresentar toda a documentação e, somente nos casos de lhe ser negado o fornecimento, o defensor público deverá requisitar ao órgão.

§ 2º Sempre que possível, o defensor público deverá fazer contato telefônico com os órgãos ou pessoas jurídicas, seja de direito público, seja de direito privado, para fins de esclarecimento de fatos e busca de composição extrajudicial.

Art. 960. É recomendável que toda providência tomada pelo defensor público seja narrada na página informatizada do assistido, incluindo todos os atendimentos, a expedição de ofícios, anexando-os ao sistema, a digitalização das respostas obtidas dos órgãos, de forma que qualquer colega que o substitua ou que vá atuar naquele processo futuramente tenha ciência de todo o histórico do atendimento já realizado para aquele assistido.

SUBSEÇÃO I DO AJUIZAMENTO

Art. 961. O defensor público deve juntar na pasta física do assistido uma cópia da inicial distribuída e o comprovante de distribuição e, sempre que possível, digitalizá-los na página informatizada do assistido.

Parágrafo único. O arquivo deve ser anexado em formato doc. ou outro que permita a edição e utilização das informações por outros órgãos de execução.

Art. 962. É recomendável arrolar as testemunhas na exordial, mesmo em se tratando de rito procedimental que assim não exige, a fim de evitar futura tentativa de contato infrutífera com o assistido nas vésperas da audiência.

Parágrafo único. Caso o defensor público avalie que, no futuro, poderá pedir a substituição da testemunha e, conseqüentemente, gere prejuízo ao assistido por não ser hipótese legal de substituição, deverá tão somente anexar o rol na pasta física e, sempre que possível, na página do assistido no SIGED e deixar para apresentá-lo em momento oportuno.

Art. 963. Caso opte pelo ajuizamento da demanda, o defensor público deve sempre informar ao assistido quais as etapas básicas do procedimento adotado, mas com o devido cuidado para não gerar expectativas quanto a possível sucesso da demanda ou o tempo de tramitação, via de regra muito superior ao que imagina o assistido.

Parágrafo único. Quando o acompanhamento da demanda for atribuição de outro defensor público, as orientações, se necessário fornecê-las, devem se limitar a aspectos genéricos, sem interferir no juízo de valor que cabe ao responsável, de forma a evitar possíveis contradições, resguardando a imagem institucional e para diminuir a possibilidade de atritos entre aquele e o assistido.

SUBSEÇÃO II DAS PECULIARIDADES DO JUIZADO ESPECIAL

Art. 964. O defensor público deverá se atentar para a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública, sendo vedado distribuir a ação no juízo comum sob pena de extinção do processo.

Art. 965. O defensor público deve sempre alertar o assistido, de preferência colhendo sua assinatura em documento próprio, de que o não comparecimento em qualquer das audiências, no caso de parte autora, gera a extinção do processo.

SEÇÃO III DO ATENDIMENTO DO POLO PASSIVO

SUBSEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 966. Recomenda-se consultar o andamento processual no site do Tribunal de Justiça, a fim de verificar se já houve juntada do mandado de citação e se há advogado cadastrado em prol do assistido.

Art. 967. A DPMG não acolhe as demandas daqueles que buscam o atendimento nos dois últimos dias do prazo legal ordinário fixado para a providência da medida judicial ou extrajudicial, incluindo os prazos prescricionais, salvo autorização específica da coordenação em casos urgentes, quando o assistido deverá assinar termo de ciência a respeito da situação do prazo vencido ou que está por vencer, de acordo com o modelo disponibilizado no SIGED¹¹⁸⁹.

Art. 968. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, na hipótese de demanda cujo prazo para providência da medida judicial ou extrajudicial encontre vencimento na semana em que o assistido compareceu, o defensor público deverá realizar a entrevista, ainda que fora de seu horário regular de atendimento.

§ 1º No caso do atendimento que se faz urgente, em razão do prazo que está por vencer, o defensor público será contato pessoalmente. Não sendo possível, o defensor público será comunicado por meio de telefone ou de e-mail¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁹ Consoante o art. 5º da Deliberação nº 015/2011.

¹¹⁹⁰ Art. 36 da Deliberação nº 15/2011.



§ 2º É defeso ao defensor público alegar o desconhecimento da comunicação acerca do atendimento urgente, realizada por intermédio do e-mail institucional¹¹⁹¹.

SUBSEÇÃO II DA APRESENTAÇÃO DE PETIÇÃO DE DEFESA

Art. 969. Após a entrevista, o defensor público poderá elaborar a defesa, ainda que não tenha ocorrido a citação ou a juntada do mandado nos autos.

Parágrafo único. Na hipótese de o defensor público optar por aguardar para protocolar a defesa, deverá se encarregar de controlar o início da contagem do prazo.

Art. 970. É importante que, na primeira manifestação nos autos, o defensor público requeira expressamente a concessão do direito à gratuidade de justiça, ainda que já tenha ocorrido defesa técnica.

Art. 971. O prazo da resposta do réu tem sua contagem iniciada da data de juntada do mandado de citação, devidamente cumprido, aos autos.

Parágrafo único. O defensor público possui prerrogativa de intimação pessoal, não de citação pessoal, não havendo que se falar em início de contagem de tal prazo a partir da data de carga dos autos¹¹⁹².

Art. 972. Na hipótese de os autos permanecerem indisponíveis para consulta dentro do prazo de defesa, o defensor público deve requerer que a secretaria expeça certidão informando o período, bem como peticionar, dentro do prazo, acerca da indisponibilidade, a fim de postular a devolução do prazo para apresentação da defesa.

Parágrafo único. A jurisprudência não aceita mero andamento no SISCOM para comprovação da indisponibilidade¹¹⁹³.

SUBSEÇÃO III DO ROL DE TESTEMUNHAS

Art. 973. Quando da apresentação do rol de testemunhas, é recomendável que o defensor público requeira a intimação pessoal destas, sob pena de não uso da prova caso a testemunha não compareça a audiência designada.

Parágrafo único. A Lei 13.105/15 traz previsão¹¹⁹⁴ de que a intimação será feita pela via judicial quando a testemunha houver sido arrolada pela Defensoria Pública.

¹¹⁹¹ Artigo 36, § 2º da Deliberação nº 15/2011

¹¹⁹² REsp 660900/ MS Recurso Especial 2004/0067104-1.

AgRg no REsp 1.183.788/AM, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, DJe6.9.2010.

AgRg no REsp 1121151 / Dfagravo Regimental no Recurso Especial2009/0018853-5.

¹¹⁹³ TJ-MG – AGT: 10024135445468002 MG, Relator: Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 25/03/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/04/2014.

Agravo de Instrumento Cv 1.0142.08.021377-0/002, Rel. Des.(a) Fabio Maia Viani, 18ª Câmara Cível, julgamento em 21/09/2010, publicação da súmula em 27/10/2010.

¹¹⁹⁴ Art. 455, § 4º, IV.

Art. 974. Caberá ao defensor público, dentro de sua independência funcional, decidir o melhor momento para a apresentação do rol de testemunhas (junto a peça de defesa ou na fase de especificação de provas), ressalvados os casos em que a lei determina um momento específico.

Parágrafo único. Caso o defensor público opte por apresentar o rol de testemunhas oportunamente, deverá necessariamente carregá-lo no SIGED não bastando que seja o rol deixado na pasta física do assistido, pois no momento para apresentação poderá ser de atribuição de outro defensor público, que não possua acesso a referida pasta física.

CAPÍTULO III
DA ATUAÇÃO NO PROCESSO ELETRÔNICO (PJE)
SEÇÃO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 975. O processo judicial eletrônico é regulamentado pela Lei nº 11.409/06, instituído pela Resolução do CNJ nº 185/13 e tratado no âmbito mineiro pela Portaria Conjunta do TJMG nº 411/PR/2015.

Art. 976. A utilização do sistema eletrônico é feita mediante o uso de *token*, fornecido pela instituição, a quem cabe fazer o credenciamento do defensor público no sistema, sendo observado exclusivamente o número da MADEP para tal.

Parágrafo único. O custo com o primeiro token é arcado pela instituição, sendo, porém, o defensor público responsável por sua guarda e uso adequado, cabendo-o arcar com o custo de segunda emissão em caso de perda, extravio, esquecimento de senha ou inutilização do equipamento.

Art. 977. O processo eletrônico pode ser acessado tanto por *link* existente na página principal do TJMG como pelo endereço <http://pje.tjmg.jus.br>.

Parágrafo único. A indisponibilidade do portal TJMG não implica, necessariamente, a indisponibilidade do sistema PJe, visto que há este link alternativo para acesso.

Art. 978. Ao ingressar no sistema eletrônico, recomenda-se observar se no canto superior direito da tela consta o seu *login* como defensor público¹¹⁹⁵. Em caso negativo, selecionar tal opção.

§ 1º Todas as manifestações do defensor público deverão ocorrer depois da verificação do login mencionado no caput, pois somente assim assinará eletronicamente enquanto membro da instituição e terá acesso ao acervo processual dos assistidos¹¹⁹⁶.

§ 2º Na hipótese de inexistir tal opção, deverá o defensor público requerê-la junto ao suporte do PJe no e-mail suportepje@tjmg.jus.br.

¹¹⁹⁵ E não jus postulandi, OAB ou CPF.

¹¹⁹⁶ Atentar que essa opção pode ser alterada pelo sistema a cada vez que a página é recarregada.



§ 3º Também é possível requerer a exclusão de todas as opções que não a de defensor público, caso em que o usuário poderá ultrapassar tal etapa em seu acesso.

Art. 979. As petições referentes a processos eletrônicos deverão ser produzidas eletronicamente, preferencialmente no editor de texto interno do sistema PJe, e enviadas pelo sistema¹¹⁹⁷.

Parágrafo único. Em caso de peticionamento em desacordo com o caput, o magistrado poderá determinar a intimação da parte para que seja providenciada a devida regularização.

Art. 980. Ao fazer sua manifestação, caso seja necessário anexar documentos aos autos eletrônicos, estes devem ser digitalizados no formato pdf e cada arquivo deverá respeitar o limite máximo permitido pelo TJMG¹¹⁹⁸, caso contrário aparecerá mensagem de erro no sistema.

Parágrafo único. Na hipótese da digitalização se mostrar tecnicamente inviável devido ao grande volume, tamanho, formato ou por motivo de ilegibilidade, o defensor público deverá requerer a juntada física, justificando o pedido, cabendo ao magistrado o seu deferimento para serem apresentados na secretaria do juízo, no prazo de 10 (dez) dias, contados do envio da petição eletrônica¹¹⁹⁹.

Art. 981. É recomendado que ao final de cada atuação o defensor público retorne ao início do processo e verifique, dentro do item documentos, se o cadeado ao lado de seu ato processual se encontra fechado.

Parágrafo único. Somente o cadeado fechado determina a assinatura válida para o expediente.

Art. 982. Quando a petição eletrônica for enviada para atender prazo processual, serão consideradas tempestivas as transmitidas até as 23h59m59s do seu último dia, observado o horário oficial de Brasília¹²⁰⁰.

Art. 983. Há determinação de que toda a indisponibilidade do sistema PJe será aferida por sistema de auditoria do TJMG que expedirá relatório de interrupção, assinado digitalmente e com efeito de certidão, disponível no portal do TJMG no máximo até as 12 (doze) horas do dia seguinte ao da indisponibilidade¹²⁰¹.

§ 1º Na hipótese do defensor público ser impedido de atuar a tempo em decorrência da indisponibilidade do sistema, este deverá abrir tópico em sua manifestação tratando da tempestividade e juntar a certidão comprobatória nos autos eletrônicos.

¹¹⁹⁷ Art. 32 da Portaria Conjunta do TJMG nº 411/PR/15.

¹¹⁹⁸ Art. 33 da Portaria Conjunta do TJMG nº 411/PR/15.

¹¹⁹⁹ Art. 38 da Portaria Conjunta do TJMG nº 411/PR/15.

¹²⁰⁰ Art. 35 da Portaria Conjunta do TJMG nº 411/PR/15.

¹²⁰¹ Art. 20 da Portaria Conjunta do TJMG nº 411/PR/15.

§ 2º Os prazos que vencerem no dia da ocorrência da indisponibilidade serão prorrogados até o primeiro dia útil subsequente à retomada do funcionamento quando a indisponibilidade for superior a 60 (sessenta) minutos, ininterruptos ou não, se ocorrida entre as 6 (seis) horas e as 23 (vinte e três) horas ou ocorrer indisponibilidade entre as 23 (vinte e três) horas e as 24 (vinte e quatro) horas;

§ 3º As indisponibilidades ocorridas entre meia noite as 6 (seis) horas, bem como as ocorridas nos dias não úteis, a qualquer hora, não produzirão o efeito do parágrafo anterior.

Art. 984. As unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes.

Parágrafo único. A Lei 13105/15 traz previsão de que será admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde estes não estiverem disponibilizados¹²⁰².

SEÇÃO II DA DISTRIBUIÇÃO

Art. 985. Cabe ao defensor público que ajuizar a ação ou fizer a primeira manifestação em prol do assistido providenciar o cadastramento da Defensoria Pública nos autos eletrônicos, devendo, também, informar ao defensor público com atribuição perante aquela vara o nome do assistido e os dados do processo eletrônico.

Art. 986. Cabe ao defensor público com atribuição para atuar perante a vara a verificação do cadastro da Defensoria Pública nos autos que atua e naqueles informados por colega que atuou no caso.

Art. 987. A distribuição será realizada pelo distribuidor de feitos, diretamente no sistema PJe, quando a parte autora não possuir CPF e sua exigência puder comprometer o acesso à justiça ou quando se tratar de medidas urgentes submetidas à apreciação durante o plantão judiciário¹²⁰³.

Parágrafo único. Considerando que, na fase inicial, o PJe não foi implementado no plantão judiciário, deverá o defensor público evitar distribuir ações em que seja pleiteado pedido de tutela antecipada, pois tal pedido somente poderá ser analisado pelo juiz plantonista caso o processo seja distribuído também no plantão forense.

Art. 988. O processo a ser distribuído por dependência a processo físico deverá ser feito de forma física, salvo quando o processo judicial já estiver baixado, o incidente ou a ação conexa ocasionar a suspensão do processo principal e quando se tratar de cumprimento ou execução de sentença¹²⁰⁴.

¹²⁰² Art. 198 da Lei 13105/15 – Novo CPC.

¹²⁰³ Art. 24 da Portaria Conjunta do TJMG nº 411/PR/15.

¹²⁰⁴ Art. 4º, §1º da Portaria conjunta do TJMG nº 411/PR/15.



SEÇÃO III DAS PECULIARIDADES DA INTIMAÇÃO VIRTUAL

Art. 989. Há duas formas para a intimação do defensor público:

I – mediante clique para ciência expressa da decisão¹²⁰⁵;

II – mediante intimação automática no caso de decorrerem 10 (dez) dias corridos da disponibilidade eletrônica da intimação, o que é chamado de ciência dada pelo sistema.

§ 1º Há previsão legal de que todas as intimações no processo eletrônico são pela via eletrônica, sendo que as citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais¹²⁰⁶.

§ 2º O STJ encampou a previsão legal e passou a considerar tal intimação eletrônica como intimação pessoal eletrônica e também já decidiu que tal prazo de 10 (dez) dias não se trata de prazo processual e por isso não deve ser computado em dobro¹²⁰⁷.

Art. 990. A contagem em dias corridos refere-se somente aos 10 (dez) dias para que seja dada a ciência voluntária, sob pena de início automático da contagem do prazo preclusivo¹²⁰⁸, sendo os demais prazos computados na forma da legislação processual vigente¹²⁰⁹.

Art. 991. Observar que o TJMG determinou que a secretaria envie ao defensor público com atribuição para ali atuar um ofício informando a expedição de intimação via sistema eletrônico.

§ 1º O ofício mencionado no caput é apenas mais uma forma de informar ao defensor público acerca da intimação expedida, não interferindo na contagem do prazo, que se dará estritamente na forma da lei.

§ 2º Protestar, ao final de toda manifestação eletrônica, pela observância da Recomendação nº 01/CGJ/2015, que trata da fiel observância da Orientação CGJ/PJE/Nº 5, providenciando-se a emissão de ofício individualizado ao defensor público que deve tomar ciência do ato processual objeto da intimação eletrônica, respeitando, assim, a intimação pessoal para os atos processuais, além de lhe considerar a contagem em dobro dos prazos processuais, nos termos do art. 128, inciso I, da LC Federal 80/94 c/c art.74, inciso I, da LC Estadual 65/03.

Art. 992. Os prazos no sistema eletrônico são lançados pelo servidor da secretaria, o que inclui a dobra dos prazos processuais.

Parágrafo único. Sempre que se verificar equívoco no lançamento dos prazos, o defensor público deverá destacar um tópico acerca da tempestividade em sua manifestação processual.

¹²⁰⁵ Ícone lupa vermelha.

¹²⁰⁶ Arts. 5º, §3º e 9º da Lei 11.419/06.

¹²⁰⁷ HC 238.331/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ acórdão Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 27/03/2014, DJe 22/08/2014.

¹²⁰⁸ Art. 60, §3º da Portaria Conjunta do TJMG nº 411/PR/15.

¹²⁰⁹ Primeiro dia útil seguinte.

SEÇÃO IV DO CONFLITO

Art. 993. O defensor público deve atentar sempre para não tomar ciência de intimação da parte contrária nos casos de conflito, observando o nome do seu assistido na aba expedientes.

Parágrafo único. Na hipótese de o Defensor Público equivocadamente tomar ciência, deverá imediatamente informar, por escrito, àquele que possui atribuição para o ato.

CAPÍTULO IV DA ATUAÇÃO ORDINÁRIA EM JUÍZO

SEÇÃO I DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

SUBSEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 994. Nas ações possessórias cuja origem for o comodato, o defensor público deverá sempre emitir notificação extrajudicial para comprovação do esbulho ou fim da permissão de moradia, sendo responsabilidade do assistido levar ao Cartório de Notas a notificação juntamente com o pedido de gratuidade dos emolumentos, que pode ser encontrado no SIGED.

Parágrafo único. O defensor público deve orientar o assistido a retornar ao cartório para buscar o comprovante de notificação para que o documento instrua a petição inicial.

Art. 995. O assistido deve ser orientado a fornecer rol de testemunhas, cujos nomes deverão constar da petição inicial da ação possessória, viabilizando sua intimação para eventual audiência de justificação ao pedido liminar.

Art. 996. Consoante orientação doutrinária, a fungibilidade das ações possessórias somente é aplicável às ações possessórias típicas¹²¹⁰.

Art. 997. Se o esbulho consistir em ato praticado por vizinho, é recomendável instruir a petição inicial com fotografia da área ocupada ou com imagem capturada pelo *Google Street View* ou outro recurso similar.

Art. 998. A regra da participação obrigatória do cônjuge do autor ou do réu nas ações possessórias também deve ser observada nas hipóteses de união estável documentada nos autos, consoante disposto no art. 73, § 4º do CPC/2015.

Art. 999. A petição inicial deverá descrever claramente os fatos e conter os requisitos do art. 927 do CPC¹²¹¹, especialmente a data da turbação ou do esbulho.

¹²¹⁰ CPC, art. 920; CPC/2015, art. 554.

Na doutrina, por todos: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol. 5. Ed. JusPodivm.

¹²¹¹ Art. 561, CPC/2015.



Art. 1.000. Ainda que a ação possessória seja intentada além de ano e dia da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário¹²¹², nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e parágrafos, todos do CPC^{1213 1214}.

SUBSEÇÃO II DA CONTESTAÇÃO NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Art. 1.001. Ao contestar ação possessória, dado seu caráter dúplice, o defensor público deverá formular exceção de usucapião, pedido de proteção possessória e pedido de indenização pelos prejuízos do esbulho ou turbação, na própria contestação, quando for o caso.

Art. 1.002. O direito de retenção e o de indenização das benfeitorias e acessões devem ser arguidos na contestação.

Parágrafo único. Observar que há corrente jurisprudencial no sentido de que o pedido de indenização por benfeitorias deve ser feito por reconvenção.

Art. 1.003. Quando não houver prova do exercício possessório sobre o bem antes do ajuizamento da ação de reintegração de posse, e dada a impossibilidade de se pleitear a tutela da propriedade em ação possessória¹²¹⁵, o defensor público deverá requerer a improcedência do pedido inicial.

SUBSEÇÃO III DA CONTESTAÇÃO NAS AÇÕES DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE FUNDADAS EM DIREITO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA CONSTITUÍDA EM FAVOR DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO

Art. 1.004. Ao contestar ação de reintegração de posse fundada em invasão de faixa de segurança de servidão administrativa para passagem de linhas de transmissão de energia elétrica, deverá o defensor público:

- I** – verificar se houve averbação da servidão às margens da matrícula do imóvel;
- II** – verificar se com a petição inicial foi juntada a escritura pública de instituição da servidão, posto tratar-se de documento indispensável à propositura da ação;
- III** – sustentar que a servidão administrativa apenas limita o exercício do direito da propriedade, não podendo implicar em restrição plena de modo a inviabilizar a construção na área do imóvel;
- IV** – formular pedido subsidiário pela indenização do terreno bem como das benfeitorias, com direito de retenção;
- V** – discutir o tamanho da construção e a ausência de risco para a continuidade do serviço;

¹²¹² CPC, art. 924.

¹²¹³ Tutela provisória de urgência – Art. 300, CPC/2015

¹²¹⁴ Enunciado 238 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

¹²¹⁵ CPC, art. 923; CPC/2015, art. 557

VI – alegar que, no confronto entre o direito à moradia e o direito ao exercício da posse sobre a faixa de segurança da servidão administrativa, deve prevalecer o primeiro;

VII – se a construção dentro da faixa de segurança for consolidada no tempo, discutir a aplicação dos institutos da *supressio* e *surrectio* em favor do assistido.

§ 1º Na hipótese do inciso VII, com base no art. 3º do Decreto 35.851/54 deve ser pleiteado o acolhimento parcial do pedido inicial, para que apenas seja declarada a manutenção da posse da área, de modo a impedir novas construções, mantendo-se as já existentes no local.

§ 2º Deferida a medida liminar para demolição do imóvel, o defensor público deverá aviar agravo de instrumento com base no § 2º do art. 273¹²¹⁶ dada a irreversibilidade da medida¹²¹⁷.

§ 3º Em sua contestação o defensor público deverá impugnar o laudo/croqui apresentado pela concessionária de serviço público que demonstra a invasão da faixa de segurança, por se tratar de documento produzido unilateralmente.

Art. 1.005. Por ocasião da instrução probatória, o defensor público deve requerer a produção de prova pericial, cujos quesitos devem abranger, além outros temas:

I – tamanho da construção que invadiu a faixa de segurança, de maneira a se verificar tratar-se de obra de pequena monta;

II – indicação do efetivo risco daquela construção para a continuidade do serviço público;

III – descrição e avaliação das benfeitorias existentes no imóvel;

IV – data da invasão, que poderá ser precisada pelo perito através de fotos extraídas do aplicativo Google Earth.

SEÇÃO II DA AÇÃO DE USUCAPIÃO

SUBSEÇÃO I DA USUCAPIÃO DE TERRAS PARTICULARES

Art. 1.006. Nas ações de usucapião é imprescindível a juntada de toda documentação legal contida na lista disponível no SIGED.

§ 1º Fornecer ofício ao assistido ofício a ser apresentado nos cartórios de registro de imóveis requisitando gratuidade nos emolumentos, conforme modelo constante do SIGED¹²¹⁸.

§ 2º Fornecer ao assistido, junto com a listagem de documentos da usucapião, o modelo de memorial descritivo contido no SIGED para que o engenheiro contratado siga as regras que depois serão essenciais no registro da sentença.

§ 3º Requerer que a planta do imóvel e seu memorial descritivo sejam entregues, também, gravados em CD, em formato pdf, de modo a permitir sua inserção no sistema de processos eletrônicos.

¹²¹⁶ Art. 300, § 3º do CPC/2015.

¹²¹⁷ TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0313.14.023139-7/001, Relator (a): Des.(a) Jair Varão, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/03/2015, publicação da súmula em 13/04/2015.

¹²¹⁸ Lastreado no Aviso 50/2011 da Corregedoria Geral de Justiça.



Art. 1.007. Nas comarcas em que houver faculdade de engenharia civil, sugere-se ao defensor público celebrar convênio com a instituição de ensino superior para encaminhamento dos assistidos para elaboração do memorial descritivo e planta do imóvel usucapiendo.

Art. 1.008. Para se comprovar o exercício possessório sobre o bem, além de outros documentos, o assistido deve ser orientado a requerer, junto às concessionárias de energia elétrica e saneamento básico, declaração de titularidade do serviço contendo a data do início da prestação do serviço.

Parágrafo único. Além dos documentos mencionados no caput, o defensor público também deverá requerer ao assistido fotografias antigas de família tiradas no imóvel, e, na medida do possível, que elas sejam reproduzidas nos dias atuais, de modo a comprovar a passagem do tempo.

Art. 1.009. É juridicamente possível o pedido de usucapião de apartamentos de condomínios edilícios¹²¹⁹.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, o condomínio deverá ser citado como confrontante, por possuir interesse na defesa da área comum e eventual vaga de garagem sem matrícula autônoma.

Art. 1.010. Preenchidos os requisitos do artigo 183 da CR/88, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos da respectiva área em que situado o imóvel¹²²⁰.

Art. 1.011. Visando assegurar a isenção das taxas e emolumentos cartorários para o registro do mandado de usucapião, o defensor público deverá requerer, desde a petição inicial, que no mandado conste a isenção, nos termos da lei 1.060/50¹²²¹.

Art. 1.012. Em se tratando de forma originária de aquisição da propriedade, não haverá incidência de ITBI.

Parágrafo único. Embora isento do ITBI, o registro do mandado de usucapião no Cartório de Registro de Imóveis está condicionado à emissão da guia de ITBI, com alíquota zero, que deverá ser providenciado no setor competente do Município.

Art. 1.013. Recomenda-se extremo cuidado na identificação do lote, cuja pesquisa sempre deverá ser baseada no indicador real contido na certidão de origem, ou documento similar emitido pela municipalidade.

¹²¹⁹ Enunciado 85 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal;

¹²²⁰ Dimensão do lote.
STF, RE 422349;

¹²²¹ Art. 98, § 1º, IX do CPC/2015

SUBSEÇÃO II DO EXERCÍCIO POSSESSÓRIO SOBRE BENS PÚBLICOS

Art. 1.014. Deverá ser analisada cuidadosamente a hipótese de posse de imóvel público que, a despeito da imprescritibilidade constitucional, poderá ensejar a aquisição da propriedade por usucapião nas hipóteses de bens imóveis dominicais em que ficar comprovada a completa falta de interesse/destinação pública ao imóvel objeto da lide¹²²².

Art. 1.015. Àqueles que preencherem os requisitos necessários à outorga de escritura pública de concessão de direito real de uso para fins de moradia¹²²³ deverá ser realizado o requerimento administrativo e, passados 12 (doze) meses sem resposta ao requerimento, ajuizada ação para outorga compulsória, dado o caráter vinculado do direito.

SUBSEÇÃO III DA USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA

Art. 1.016. Caso seja possível, o defensor público deverá preferir o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, o defensor público deverá requerer a isenção dos selos e emolumentos cartorários.

Art. 1.017. Visando imprimir celeridade ao pedido, sugere-se ao defensor público que, em poder da planta do imóvel, notifique previamente o proprietário do bem para colher sua anuência e assinatura na planta do imóvel, de modo a preencher o requisito do art. 216-A, § 2º da lei 6.015/73.

Art. 1.018. Considerando a relevância social da Defensoria Pública, e sua missão institucional, o defensor público deverá atentar para eventual simulação de compra e venda travestida de usucapião, vez que, em razão do caráter originário de aquisição de propriedade, haveria indevida supressão de pagamento de tributo de transferência de bem.

SEÇÃO III DAS AÇÕES QUE ENVOLVEM O SISTEMA FINANCEIRO SUBSEÇÃO I DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS E FASE PRÉ-PROCESSUAL

Art. 1.019. Convém solicitar ao assistido que busque solução extrajudicial do litígio, a despeito da dificuldade em transigir com instituições financeiras, tanto para privilegiar uma cultura de diálogo quanto para tomar ciência de eventuais pormenores e da exata pretensão de recebimento do crédito pela instituição financeira.

¹²²² Apelação Cível TJMG nº 70018233536, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 15/02/2007
Apelação Cível TJMG 1.0194.10.011238-3/001, Relator(a): Des.(a) Barros Levenhagen, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/05/2014, publicação da súmula em 15/05/2014

¹²²³ MP 2.220/01.



Parágrafo único. Alertar o assistido para que nenhum acordo seja pactuado sem interveniência da Defensoria Pública, que deverá garantir a preservação dos seus direitos.

Art. 1.020. Como forma de evitar o superendividamento, o consumidor deve ser orientado, com linguagem acessível, quanto a noções básicas de planejamento financeiro, por exemplo:

I – importância de comprar à vista, adquirir o hábito de poupar e ter controle dos gastos;

II – evitar a contratação de empréstimos, especialmente consignados;

III – elevado valor das taxas cobradas;

IV – utilização de todo o valor mencionado junto à expressão saldo disponível ou similares, no extrato, implica na contratação de empréstimo;

V – consequências do inadimplemento;

VI – não comprometer parcela significativa da renda com dívidas, preferencialmente no máximo 30% (trinta por cento);

VII – em financiamentos, é o custo efetivo total (CET) que importa, e não a taxa de juros;

VIII – as decisões judiciais são amplamente favoráveis às instituições financeiras, quanto aos limites dos juros e encargos praticados;

IX – nunca cessar eventuais pagamentos na expectativa de alguma decisão, exceto quando já autorizado.

SUBSEÇÃO II DA ATUAÇÃO NAS AÇÕES DE CONTRATOS BANCÁRIOS

Art. 1.021. Quando o defensor público constatar a presença de cláusulas que repute abusivas, mencioná-las na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos, inclusive porque, a despeito do art. 51 do CDC, a súmula 381 do STJ impede que o magistrado as conheça de ofício.

Art. 1.022. Na quase totalidade dos casos, os contratos bancários são de adesão, o que torna aplicáveis os artigos 423 e 424 do CCB, e 54 do CDC, devendo ser observado se a forma adotada cumpre as exigências legais, tais quais o tamanho da fonte e o destaque em cláusulas restritivas.

Art. 1.023. As normas que tratam da cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras estão previstas na Resolução 3.919/10 do Banco Central.

Art. 1.024. No sítio eletrônico do Banco Central¹²²⁴ é possível consultar a média das taxas de juros praticadas no mercado, inclusive por cada instituição financeira, por meio do sistema gerenciador de séries temporais.

Parágrafo único. Caso as taxas aplicadas excedam bastante a média do mercado, é conveniente juntar a tabela para demonstrar a abusividade, que, segundo jurisprudência pacífica, não necessita estar limitada a 12% (doze por cento) ao ano.

Art. 1.025. O defensor público deve sempre verificar se houve adimplemento substancial, visando a preservação da avença e os princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato.

¹²²⁴ www.bcb.gov.br

Parágrafo único. A alegação do adimplemento substancial é especialmente importante nas causas que envolvam a prestação de garantia, como na alienação fiduciária, arrendamento mercantil e financiamento habitacional, mas nada impede seja aplicada em outros casos, se presentes as condições, como na contratação de seguro saúde ou na adjudicação compulsória.

Art. 1.026. É importante verificar se é cobrada comissão de permanência concomitantemente a outros encargos e se o seu valor não é superior às taxas contratadas, práticas vedadas pela jurisprudência¹²²⁵.

Art. 1.027. A incidência da taxa Selic como juros moratórios exclui a correção monetária¹²²⁶.

Art. 1.028. As tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC) para contratos celebrados após 30.04.08, quando passou a vigor a Resolução CMN 3.518/2007 são inválidas.

Parágrafo único. É válida apenas a tarifa de cadastro pactuada¹²²⁷.

Art. 1.029. Como em qualquer outra hipótese que autorize a aplicação do CDC, convém requerer a inversão do ônus da prova desde a primeira oportunidade, mencionando que se trata de regra de procedimento, e não de julgamento.

Art. 1.030. Nas hipóteses de outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o teto da multa contratual é de 2% (dois por cento), conforme o art. 52, §1º, do CDC e súmula 285 do STJ.

Art. 1.031. O contrato de abertura de crédito rotativo, ainda que acompanhado dos extratos relativos à movimentação bancária do cliente, não constitui título executivo, nem pode instruir ação monitória se não houver planilha de cálculo, que demonstre a composição do débito e sua evolução¹²²⁸.

SUBSEÇÃO III DA ATUAÇÃO NAS AÇÕES DE BUSCA E APREENSÃO DO DECRETO-LEI 911/69

Art. 1.032. Recomenda-se analisar se a venda do bem é suficiente para quitar o débito, e, em caso negativo, informar ao assistido que a apreensão não significa a extinção da dívida.

Art. 1.033. O art. 3º, §1º, do Decreto-Lei 911/69 determina que 5 (cinco) dias após executada a liminar consolida-se a propriedade e a posse exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, e, portanto, se não houver venda ou o valor desta não for informada pela instituição financeira, é recomendável que seja considerado o valor do bem nesta data.

¹²²⁵ Súmulas 30, 296 e 472 do STJ.

¹²²⁶ EDcl no REsp 1.025.298-RS, julgado em 28.11.2012, divulgado no Informativo nº 510 do STJ.

¹²²⁷ REsp 1.251.331 - RS (recurso repetitivo), julgado em 28.08.2013.

¹²²⁸ REsp 1.022.034-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 12/3/2013, e também o TJMG - Apelação Cível nº 1.0144.11.003037-2/001, publicado em 05.06.2013.



Parágrafo único. Caso a instituição financeira não comunique o valor da venda do bem, recomenda-se pesquisar o valor à época constante da Tabela FIPE, acessível gratuitamente em <http://www2.fipe.org.br/pt-br/indices/veiculos>.

Art. 1.034. Independentemente de ter ou não havido a venda do bem pelo credor fiduciário, recomenda-se, a partir do quinto dia da execução da liminar, requerer a dedução do valor deste do montante integral da dívida, nos termos do art. 2º, *caput*, do Decreto-Lei 911/69.

Art. 1.035. É possível questionar a legalidade das cláusulas contratuais, ainda que se trate do procedimento especial da busca e apreensão, conforme entendimento majoritário¹²²⁹.

Art. 1.036. A Lei 13.043/14 permite a conversão da ação de busca e apreensão em demanda executiva, mas naquelas convertidas em ação de depósito o valor da dívida deve ser limitada ao do bem.

SEÇÃO IV
DA ATUAÇÃO NAS AÇÕES EM FACE DO PODER PÚBLICO
SUBSEÇÃO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.037. Nas ações de transferência de veículo para comprador conhecido ou desconhecido, quando o assistido vendeu o veículo, mas não promoveu a comunicação da venda junto ao DETRAN/MG¹²³⁰, o defensor público deve ressaltar ao assistido que talvez a única prova das alegações seja testemunhal, advertindo-o de que as testemunhas devam ter presenciado os fatos ou ter ciência efetiva da venda

Parágrafo único. Tais ações tramitam necessariamente perante o Juizado Especial da Fazenda Pública, por ser competência absoluta.

Art. 1.038. Nas ações em que se pleiteia indenização por erro médico realizada no SUS, sugere-se que a demanda seja proposta contra o ente público que mantém o Hospital, seja Município, Estado ou FHEMIG, devendo tal informação ser encontrada na internet ou mediante encaminhamento de ofício para o hospital.

§ 1º A providência aludida no caput permite a discussão da responsabilidade objetiva de falha no serviço médico, deixando a responsabilidade subjetiva do médico para a ação de regresso a ser proposta pelo ente público.

§ 2º Quando o hospital não for somente um órgão da administração pública e tiver personalidade jurídica própria, recomenda-se ajuizar a ação contra o hospital e o ente público em litisconsórcio, requerendo a condenação solidária ou mesmo subsidiária¹²³¹.

§ 3º Recomenda-se orientar o assistido a buscar o prontuário médico integral no hospital e, posteriormente, consultar com algum médico que possa fornecer relatório circunstanciado sobre os fatos, narrando, principalmente, a existência e natureza do erro médico.

¹²²⁹ AgRg no REsp 1073427 / RJ, Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 08.05.2012.

¹²³⁰ CTB, art. 134.

¹²³¹ Muitas vezes os hospitais têm finalidade filantrópica o que dificulta o recebimento de eventual indenização.

§ 4º Caso o assistido não consiga o relatório mencionado no parágrafo anterior e o defensor público não tenha certeza se houve a falha naquele procedimento ou se as sequelas são consequências possíveis, sugere-se que seja ajuizada uma ação autônoma de produção antecipada de provas¹²³².

§ 5º O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.605/2000 não envia prontuário médico sem a autorização do paciente, razão pela qual, ao requisitar cópia do prontuário, o defensor público deverá colher a assinatura do assistido no escritório, ou fazer um termo de autorização em separado.

§ 6º O Parecer do Conselho Federal de Medicina n. 6/2010, proferido no Processo Consulta CFM 4.384/07, proíbe os hospitais de entregar prontuário médico de paciente falecido para seus parentes, salvo mediante ordem judicial, razão pela qual o defensor público deve ajuizar uma cautelar de exibição de documentos, de natureza satisfativa, para que os parentes obtenham a documentação.

Art. 1.039. A justiça estadual comum é competente para processar e julgar as ações relativas a benefícios previdenciários decorrentes de acidente do trabalho, conforme súmula 15 do STJ e súmula 501 do STF.

§ 1º As ações aludidas no caput são propostas em face do INSS.

§ 2º A ação se resumirá à concessão do benefício negado, ao restabelecimento do benefício cessado ou revisão do benefício.

§ 3º Nas ações que objetivam a concessão ou restabelecimento do benefício, o defensor público deve solicitar ao assistido que apresente um relatório médico confirmando que a moléstia decorreu da profissão ou do acidente de trabalho e é incapacitante. Nestes casos, é recomendável que o defensor público forneça um questionário para que o médico responda os quesitos.

§ 4º Nos casos de revisão de benefício, é recomendável que o defensor público oficie o INSS solicitando cópia das telas de revisão de benefício pois, na maioria dos casos, o instituto já procedeu às revisões¹²³³.

Art. 1.040. Nas ações em que o assistido foi aprovado no concurso, mas eliminado no exame psicotécnico ou nos exames admissionais, o defensor público deverá solicitar relatório médico que ateste não ser o assistido portador da doença ou, se for, que ela não o incapacita para o exercício das funções previstas no edital.

Parágrafo único. É recomendável sempre verificar a previsão em lei do exame psicotécnico¹²³⁴.

Art. 1.041. Ao impetrar mandado de segurança, o defensor público deve se certificar de cumprir o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias e de não se tratar de demanda que necessitará de dilação probatória.

¹²³² Art. 381 do novo CPC.

¹²³³ Por vezes, o assistido simplesmente verifica um decréscimo do seu benefício com relação ao salário mínimo e entende que tem direito a alguma revisão.

¹²³⁴ Súmula 686 e Súmula Vinculante nº 44 do STF.



Parágrafo único. Em caso de dúvida sobre o cabimento do mandado de segurança, recomenda-se o ajuizamento de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela.

Art. 1.042. Nas execuções fiscais, o defensor público deverá observar se consta na certidão de dívida ativa a inclusão de honorários e se o juiz também os fixou no despacho inicial, devendo alegar o *bis in idem*.

§ 1º Em diversas comarcas, as CDA's antigas foram emitidas por advogados que não faziam parte dos quadros das Procuradorias Municipais, devendo o defensor público ficar atento a esta ilegalidade.

§ 2º Quando o executado é citado por edital e há bloqueio de dinheiro, requerer em juízo que seja oficiada a agência bancária para informar a natureza da conta, sendo este bloqueio vedado pelo disposto no art. 649, IV, X, do CPC, ou art. 758, IV do NCPC na hipótese de conta salário, poupança e proventos.

§ 3º Nos embargos à execução fiscal, é recomendável requerer que a Fazenda Pública Municipal comprove a notificação pessoal ao contribuinte sobre o lançamento, para averiguar se foram esgotadas as tentativas de localização do executado antes da citação por edital, defendendo tratar-se de ônus da Fazenda Pública demonstrar que encaminhou a notificação do lançamento para o endereço do contribuinte.

Art. 1.043. É recomendável ao defensor público prequestionar na petição inicial a autonomia da Defensoria Pública com relação ao Estado de Minas Gerais, solicitando a condenação em honorários quando este for vencido e a consequente superação da súmula 421/STJ¹²³⁵.

Art. 1.044. A Jurisprudência do STJ admite o ajuizamento de ação anulatória de débito fiscal, mesmo quando o ente público já tenha ajuizado a execução fiscal, uma vez que a ausência de oposição dos embargos à execução, não tem condão de gerar preclusão¹²³⁶.

Art. 1.045. Nas ações de desapropriação, quando o defensor público for procurado por assistido que não é parte ré porquanto é mero possuidor do imóvel, é recomendável pedir em juízo a intervenção de terceiro na qualidade de assistente litisconsorcial, pois a jurisprudência já se sedimentou no sentido de que não é cabível a oposição.

Art. 1.046. Diante de sentença favorável tendo por objeto a condenação do ente público municipal ao pagamento do bolsa moradia, em regra, a apelação municipal seria recebida em ambos os efeitos, mas acatando tese da DPMG, o TJMG vem admitindo apenas o efeito devolutivo, sob o fundamento de que o benefício possui natureza alimentar.

Art. 1.047. Nas ações demolitórias, é recomendável pedir, em sede de reconvenção, indenização pelas benfeitorias pela perda da posse, além da inclusão dos requeridos em programas sociais do ente público.

¹²³⁵ No mesmo sentido, o Defensor deve sempre que possível, recorrer das decisões que aplicaram referida súmula (art. 134, §2º. CR/88).

¹²³⁶ Precedente: STJ, 2ª Turma, Agravo Regimental, no Agravo em Recurso Especial nº31488/PR, Relator Ministro Humberto Martins, decisão Unânime, publicada em 26/09/2011.

§ 1º Em sua maior parte, as ações demolitórias se baseiam na alegação de que se trata de área pública, área de preservação ambiental e, portanto, o assistido fez uma construção irregular. Contudo, o ente público, normalmente, não faz a prova em relação à titularidade da área, que deveria ser feita mediante a aprovação do loteamento, devidamente registrado no cartório competente tal como dispõe a Lei de Uso e Ocupação do Solo, art. 22, da Lei 6766/79, razão pela qual recomenda-se argüir ilegitimidade ativa, em sede de preliminar de contestação.

§ 2º O defensor público deve solicitar fotografias atuais do local para demonstrar que não se trata de área verde, mas, em regra, de local anteriormente abandonado pelo poder público, em que a moradia do assistido deu função social à posse.

Art. 1.048. Quando o assistido procurar o defensor público portando auto de infração aplicado pelo Município, em razão de construção irregular, é recomendável, antes de ajuizar a ação anulatória, orientá-lo a fazer um pedido administrativo de fornecimento gratuito do serviço de engenharia e arquitetura para regularização da construção, com base na Lei Federal n. 11.888/2008 e na legislação municipal, caso haja esta previsão.

SUBSEÇÃO II DA ATUAÇÃO NA EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Art. 1.049. As execuções de sentença contra a Fazenda Pública possuem rito próprio, não se lhes aplicando as regras ordinárias de cumprimento de sentença.

§ 1º Ao elaborar a petição da execução de sentença com memória de cálculo do débito, o defensor pública deve observar os índices legais para atualização do débito¹²³⁷, em atenção ao que foi decidido pelo STF no julgamento da ADI 4425/DF e ao que será decidido por ocasião da modulação dos efeitos temporais da decisão¹²³⁸.

§ 2º Caso não disponha de elementos para realizar os cálculos, o defensor público deve encaminhar requerimento para o setor de cálculos da Defensoria Pública, por meio do e-mail funcional.

§ 3º O defensor público deve observar se o valor do débito possui autonomia para inscrição em RPV¹²³⁹.

SEÇÃO V DA ATUAÇÃO NAS AUDIÊNCIAS SUBSEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.050. Cabe ao defensor público que for intimado da designação de audiência comunicar ao seu assistido para comparecimento.

¹²³⁷ Art. 1º-F da lei 9.494/97 alterada pela lei 11.960/09.

REsp 1205946/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 02/02/2012.

¹²³⁸ ADI 4425, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, Processo Eletrônico DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013.

¹²³⁹ Requisição de Pequeno Valor.



§ 1º A Lei 13.105/15 traz previsão em seu art. 186, § 2º de que, a requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

§ 2º Considerando o parágrafo anterior é recomendável que o defensor público também requeira ao juízo a intimação pessoal do assistido para comparecimento, no intuito de evitar que a nova redação da lei processual seja interpretada como sendo dever do defensor público referida comunicação.

Art. 1.051. O defensor público deverá buscar, sempre que possível, chegar a audiência com antecedência para contato com o assistido, orientando-o acerca do ato.

Art. 1.052. Cabe ao defensor público orientar ao seu assistido que desligue o celular e não interrompa a fala de outra pessoa, que evite se exaltar e fale o que deseja em voz baixa diretamente a seu defensor público, respeitando caso este não autorize a sua fala naquele momento.

SUBSEÇÃO II DA ATUAÇÃO NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Art. 1.053. De acordo com o §8º do art. 334 da Lei 13.105/15, 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.

Art. 1.054. É vedado ao defensor público a celebração de acordo estando ausente o assistido, eis que o mandato legal é para os atos de foro em geral, necessitando, assim, de autorização com poderes especiais para celebração de acordo.

Parágrafo único. É recomendado que o defensor público utilize tal recurso somente quando estritamente necessário, já que responderá perante o assistido no tocante ao conteúdo do acordo celebrado.

Art. 1.055. O defensor público deve verificar a capacidade da parte contrária em celebrar o acordo:

- I** – se comparecer apenas o advogado este deve possuir poderes especiais para transigir;
- II** – se comparecer o representante legal da empresa deve este juntar aos autos o contrato social da pessoa jurídica em questão em que conste autorização para celebrar acordo.

Art. 1.056. Na hipótese de celebração de acordo, o defensor público deve atentar para que este seja redigido com exequibilidade, sendo realmente apto a por fim ao litígio.

§ 1º Para que um acordo possua exequibilidade, é necessário nele constar prazo para cumprimento, modo de cumprimento¹²⁴⁰ e penalidades na hipótese de descumprimento.

¹²⁴⁰ Exemplos: pagamento mediante recibo e pagamento mediante depósito na conta corrente especificada em audiência.

§ 2º Estando pelo credor, deve-se atentar para que conste multa por descumprimento, vencimento antecipado das parcelas vincendas relacionadas ao acordo e aplicação de juros de mora e correção monetária.

§ 3º Recomenda-se que a forma de pagamento seja depósito ou transferência bancária, dada a praticidade de comprovação do pagamento ou do inadimplemento, por simples emissão do extrato, que deverá ser xerocado pelo assistido tão logo este seja emitido, pois o papel bancário apaga com o transcurso do tempo.

Art. 1.057. O defensor público deve se certificar de que já tenha sido postulado o benefício da justiça gratuita em prol do assistido, pedindo para compulsar os autos, caso necessário.

Parágrafo único. Verificada ausência do pedido mencionado no caput, recomenda-se formular o pedido oralmente em audiência, constando em ata.

SUBSEÇÃO III DA ATUAÇÃO NA AUDIÊNCIA EM PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Art. 1.058. A Lei nº 13.105/15 acaba com a dicotomia entre procedimento ordinário e o sumário, existindo apenas um procedimento de conhecimento, com forte inspiração no procedimento sumário.

Art. 1.059. Na forma do § 1º do artigo 1046 da Lei nº 13.105/15, as disposições da Lei nº 5.869/73, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do CPC.

Art. 1.060. No procedimento sumário ocorre inicialmente a tentativa de conciliação e, caso infrutífera, deverá a parte ré apresentar a sua defesa, escrita ou verbal, sob pena de revelia.

Art. 1.061. Observar que, após a apresentação da defesa, a impugnação é feita oralmente na própria audiência.

Parágrafo único. Na hipótese de defesa complexa e extensa, o defensor público ou o advogado da parte autora podem requerer ao juízo abertura vista para apresentação de impugnação escrita.

SUBSEÇÃO IV DA ATUAÇÃO NA AUDIÊNCIA PRELIMINAR

Art. 1.062. A audiência preliminar encontra-se prevista no art.331 do CPC.

§ 1º Na audiência preliminar o magistrado saneia o processo, ouvindo as justificativas para a necessidade de produção das provas requeridas pelas partes, decidindo acerca do deferimento destas.

§ 2º No caso de indeferimento de prova cuja produção é necessária, recomenda-se agravar oralmente da decisão.



Art. 1.063. A Lei 13.105/15 prevê no §3º do art. 357 que se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 1º Na audiência aludida no caput, deverão as partes levar o rol de testemunhas¹²⁴¹.

§ 2º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 05 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

SUBSEÇÃO V DA ATUAÇÃO NA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO

Art. 1.064. Para análise do pedido liminar nas ações possessórias é facultado ao magistrado designar uma audiência de justificação para a oitiva das testemunhas do autor, determinando a citação do réu para participar do ato.

§ 1º Na audiência de justificação serão ouvidas apenas as testemunhas arroladas pela parte autora, permitida a formulação de perguntas por ambas as partes.

§ 2º Ao fim da audiência, antes da análise do pedido liminar, as partes devem se manifestar oralmente.

SUBSEÇÃO VI DA ATUAÇÃO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Art. 1.065. Antes do início da audiência deve ser verificada a presença de todas as testemunhas arroladas pelo assistido, questionando-o acerca do conhecimento do motivo da ausência, se for o caso, indagando, desde já, a essencialidade na oitiva da testemunha faltante e desejo de substituí-la nas hipóteses legalmente admitidas.

Art. 1.066. É recomendável que o defensor público evite conversar com as testemunhas arroladas, pois estas podem interpretar erroneamente o diálogo e demonstrarem-se influenciadas na sua oitiva.

Parágrafo único. Pode-se questionar se existe algum fato impeditivo de serem testemunhas e perguntar o que sabem do fato, sem qualquer interferência.

Art. 1.067. Se o defensor público for indagado por alguma testemunha sobre o que deve dizer, é recomendável que se limite a orientá-la a dizer a verdade.

Art. 1.068. Aberta a audiência, caso ausente alguma testemunha que repute essencial a oitiva, deve o defensor público de plano se manifestar ao juízo o ocorrido, para que a audiência seja suspensa e redesignada.

Parágrafo único. Caso acordado pelas partes pode ser colhido o depoimento das testemunhas presentes e redesignada audiência para oitiva das restantes, porém, tal concordância deve constar em ata para evitar futura alegação de nulidade em decorrência da inversão na oitiva.

¹²⁴¹ §5º do art.357 da Lei 13.105/15.

Art. 1.069. A ordem de oitiva na produção de prova oral é, em regra, aquela prevista no art. 452 do CPC¹²⁴²:

- I – esclarecimentos do perito e dos assistentes técnicos;
- II – depoimentos pessoal do autor;
- III – depoimento pessoal do réu;
- IV – oitiva das testemunhas do autor;
- V – oitiva das testemunhas do réu.

Art. 1.070. Cabe à parte requerer, quando da especificação de provas, o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

Art. 1.071. No depoimento pessoal é vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte.

Art. 1.072. É vedado ao defensor público fazer perguntas para o seu assistido durante o depoimento pessoal, sendo permitido que faça perguntas apenas no depoimento pessoal da parte contrária.

Art. 1.073. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º Caso o defensor público tenha observado que aquela testemunha é incapaz, tem impedimento ou suspeição, deverá contraditá-la ao término da sua qualificação.

§ 2º Caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, a contradita poderá ser provada com documentos ou até 03 (três) testemunhas, que deverão ser apresentadas no ato e inquiridas em separado.

§ 3º Acolhida a contradita, o juiz poderá tomar o depoimento como informante.

Art. 1.074. Não é permitido que a testemunha esteja presente na audiência antes do momento de sua oitiva.

Parágrafo único. Verificada a hipótese do caput, deve o defensor público contraditar a testemunha.

Art. 1.075. Iniciada a oitiva da testemunha, primeiramente é o magistrado quem a inquire, momento em que as partes, inclusive o defensor público, não devem se manifestar.

§ 1º Após a oitiva pelo magistrado é facultada as partes elaborarem suas perguntas, iniciando-se por aquela que arrolou a testemunha.

§ 2º As perguntas devem ser dirigidas ao magistrado e não diretamente à testemunha.

§ 3º A partir da entrada em vigor da Lei 13.105/15, as partes formularão as perguntas diretamente as testemunhas, na forma do art. 459¹²⁴³, podendo, ainda, o magistrado fazer novas perguntas.

¹²⁴² Art. 361 da Lei 13.105/15.

¹²⁴³ *Direct examination*



Art. 1.076. O juiz indeferirá as perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. O defensor público pode requerer que seja reduzida a termo as perguntas indeferidas pelo magistrado, na forma do art. 459, § 3º da Lei 13.105/15.

Art. 1.077. Os depoimentos serão assinados por quem os prestou, pelo magistrado, pelo defensor público e pelo advogado das partes.

Parágrafo único. A ata da audiência será assinada pelas partes, seus advogados ou defensores públicos e pelo magistrado.

Art. 1.078. Encerrada a instrução, o juiz poderá dar a palavra para apresentação de alegações finais orais, sendo que, na prática, a maioria dos magistrados questiona se as partes desejam fazer de forma oral ou que seja aberta vista para apresentação por escrito.

Parágrafo único. Sendo apresentadas as alegações orais, o magistrado pode proferir a sentença oralmente ou determinar a conclusão dos autos para tal fim.

Art. 1.079. O art. 367 da Lei 13.105/15 traz no seu §6º a possibilidade da audiência ser gravada por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

SEÇÃO VI DA ATUAÇÃO NAS CARTAS PRECATÓRIAS

Art. 1.080. Mesmo nas localidades em que não haja Defensoria Pública instalada, é dever do defensor público contestar ação cuja citação tenha ocorrido por carta precatória para assistido residente em comarca atendida pela Defensoria Pública.

§ 1º Na hipótese do caput, o defensor público deverá requerer, na própria peça defensiva:

I – gratuidade de justiça;

II – intimação do defensor público com atuação no juízo deprecante para todos os atos processuais;

III – caso não instalada Defensoria Pública no juízo deprecante, que sejam adotadas as providências necessárias para garantir o acesso à justiça.

§ 2º As atribuições do defensor público com atuação no juízo deprecado cessam no momento do oferecimento da peça processual.

Art. 1.081. A resposta do réu deverá abranger todas as formas de defesa, inclusive exceções instrumentais, reconvenção e impugnações ao requerimento de gratuidade de justiça.

Parágrafo único. É recomendável que a defesa na carta precatória seja ampla a ponto de abranger a especificação de provas, rol de testemunhas, apresentação de quesitos, dentre outros, com a antecipação de todos os possíveis atos processuais.

Art. 1.082. De acordo com o art.298 do Provimento nº 161/CGJ/2006, que codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, as cartas precatórias expedidas a pedido das partes que gozam dos benefícios da assistência judiciária, na forma

da Lei federal nº 1.060/50, devem ser instruídas com as fotocópias das peças obrigatórias e encaminhadas pela Secretaria de Juízo, para cumprimento¹²⁴⁴.

Parágrafo único. Se a carta precatória não vier instruída com a inicial e os documentos que a instruíram, recomenda-se ao defensor público obter no juízo deprecado certidão quanto aos documentos juntados na carta precatória e arguir preliminar de nulidade da citação por cerceamento ao direito de defesa e inobservância dos princípios do contraditório, da cooperação e lealdade processuais, sem prejuízo de diligências que puder empregar para obter cópia dos documentos¹²⁴⁵.

Art. 1.083. Ao postular a citação por carta precatória, o defensor público, visando assegurar o direito de defesa da parte contrária¹²⁴⁶, deverá requerer a juntada de cópia de todos os documentos que instruíram a petição inicial, o que incumbe à Secretaria do Juízo¹²⁴⁷.

Art. 1.084. Deve o defensor público, ao ser pessoalmente intimado, verificar no *siscom* ou na secretaria do juízo se a parte é assistida pela Defensoria Pública no juízo deprecante, o que implica atuação institucional no juízo deprecado¹²⁴⁸.

Art. 1.085. Nas hipóteses em que inexistir defensor público cadastrado nos autos do juízo deprecante, mas sim advogado constituído, o defensor público deve abster-se de atuar, a teor do disposto na Deliberação n.º 011/05¹²⁴⁹.

Art. 1.086. Nas situações em que houver advogado dativo atuando no feito perante a juízo deprecante, em razão de não existir Defensoria Pública ali instalada, recomendamos a atuação institucional, em decorrência da manifestação do estado de necessitado de réu¹²⁵⁰.

Art. 1.087. Nos feitos que tramitam em outra unidade federativa, o defensor público responsável pelo atendimento do assistido deverá apresentar a manifestação processual cabível diretamente ao juízo deprecante, ainda que de outra unidade da federação, ressalvando tratar-se de atuação específica para o ato¹²⁵¹.

§ 1º Quando a apresentação da manifestação exigir do defensor público assinatura eletrônica com certificado digital e este não a possuir, ou quando for necessário cadastramento presencial ou outra medida que impossibilite o ajuizamento direto da petição, poderá o defensor público encaminhá-la, acompanhada dos documentos necessários, cabendo à Defensoria Pública Geral

¹²⁴⁴ Art. 298 com redação determinada pelo Provimento nº 171, de 7 de janeiro de 2008.

¹²⁴⁵ Contribuição do revisor.

¹²⁴⁶ Princípios da cooperação e da lealdade processual.

¹²⁴⁷ Como ordena o Aviso da Corregedoria Geral de Justiça n.º 19/2005.

¹²⁴⁸ Contribuição do revisor.

¹²⁴⁹ Contribuição do revisor.

¹²⁵⁰ Contribuição do revisor.

¹²⁵¹ *Caput* da cláusula quinta do termo de cooperação celebrado entre Defensorias Públicas para fixação de procedimentos a serem adotados visando a atuação integrada e o intercâmbio de informações.



de cada unidade da federação designar defensor público para proceder ao protocolo eletrônico da petição¹²⁵².

§ 2º O encaminhamento a que se refere o parágrafo anterior deverá ser feito no endereço eletrônico fornecido por cada Defensoria Pública Geral¹²⁵³.

§ 3º Caso não seja viável a aplicação dos §§ 1º e 2º deste artigo, recomenda-se o envio da manifestação processual por via postal, sem prejuízo de tentativa de contato pessoal com o escrivão do juízo deprecante para carregamento da petição e documentos no sistema eletrônico¹²⁵⁴.

SEÇÃO VII
DA ATUAÇÃO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E EXECUÇÃO
SUBSEÇÃO I
DA ATUAÇÃO PELO EXECUTADO

Art. 1.088. O mandato legal conferido ao defensor público não lhe confere a prerrogativa de receber intimação em nome da parte, então é imperativo que, além da intimação do membro da carreira, seja a própria parte intimada para cumprir a sentença, nos termos do art. 513, §2º, da Lei 13.105/15.

Art. 1.089. O assistido deve sempre ser orientado quanto às consequências do não cumprimento voluntário da obrigação, inculcando-lhe respeito às decisões judiciais e às normas postas.

Art. 1.090. Mesmo quando o assistido já possui bens ou valor suficiente para quitar a dívida, recomenda-se tentar solução negociada para melhorar as condições e forma de pagamento, com o devido cuidado quanto aos prazos legais para defesa ou cumprimento voluntário.

Art. 1.091. Antes de interpostos embargos, e caso infrutífera negociação com a outra parte, verificar a possibilidade de pagamento parcelado em até 6 (seis) vezes¹²⁵⁵.

Art. 1.092. Quando houver normas de ordem pública que não foram observadas, sugere-se preferir a objeção de não-executividade, em razão de suas maiores informalidade e celeridade, e porque a rejeição dos embargos à execução pode elevar o valor dos honorários até 20% (vinte por cento)¹²⁵⁶.

Art. 1.093. O defensor público deve sempre diligenciar para que o feito transcorra sem dilações indevidas, sobretudo durante a execução, quando incidem juros, correção monetária e multa, que tornam cada vez maior o débito para o executado.

¹²⁵² §1º da cláusula quinta do termo de cooperação celebrado entre Defensorias Públicas para fixação de procedimentos a serem adotados visando a atuação integrada e o intercâmbio de informações.

¹²⁵³ Cláusula segunda do termo de cooperação celebrado entre Defensorias Públicas para fixação de procedimentos a serem adotados visando a atuação integrada e o intercâmbio de informações.

¹²⁵⁴ Contribuição do revisor.

¹²⁵⁵ Art. 916 da Lei 13.105/15.

¹²⁵⁶ Art. 827, §2º, da Lei 13.105/15.

Art. 1.094. Recaindo bloqueio sobre dinheiro, deve o defensor público contatar o assistido e verificar se está presente alguma causa de impenhorabilidade, especialmente os vencimentos e a quantia depositada em poupança, até 40 (quarenta) salários mínimos¹²⁵⁷.

Art. 1.095. Interpostos embargos, verificar a possibilidade da concessão de efeito suspensivo.

Art. 1.096. Quando o feito tiver ficado suspenso pela ausência de bens penhoráveis, recomenda-se verificar se houve prescrição intercorrente¹²⁵⁸.

SUBSEÇÃO II DA ATUAÇÃO PELO EXEQUENTE

Art. 1.097. O defensor público deve apresentar planilha atualizada do débito no momento em que se inicia a fase de cumprimento de sentença, preferencialmente já constando em separado a previsão do aumento da multa e dos honorários de 10% (dez por cento)¹²⁵⁹.

Art. 1.098. Transcorrido o prazo para cumprimento da obrigação imposta em sentença, recomenda-se levar a sentença a protesto¹²⁶⁰.

Parágrafo único. É recomendável que se solicite ao próprio assistido que efetue o protesto a partir dos documentos fornecidos pelo defensor público mediante recibo, para que tome ciência das providências tomadas e tenha a real percepção da dificuldade no recebimento dos valores a que faz jus.

Art. 1.099. Recomenda-se inicialmente sempre requerer o bloqueio judicial do numerário suficiente à satisfação do débito, via BacenJud, e pesquisar no Infoseg a existência de veículos em nome do devedor, sem prejuízo da penhora de outros bens conhecidos.

§ 1º É conveniente requerer seja determinada a transferência direta do valor da conta judicial para aquela indica pelo assistido ou, no caso dos honorários sucumbenciais destinados ao fundo de aparelhamento da Defensoria Pública, para a conta indicada¹²⁶¹, ao invés da expedição de alvará judicial, evitando transtornos e riscos desnecessários.

§ 2º Sugere-se verificar a existência de ações em que o devedor tenha possibilidade de receber algo, para requerer o quanto antes a penhora no rosto dos autos.

§ 3º Na hipótese de a parte vencida ser a Fazenda Pública, atentar para os artigos 534 e 535 da Lei 13.105/2015.

§ 4º Em se tratando de pessoa jurídica e não havendo bens suficientes, verificar a possibilidade de desconsideração de sua personalidade.

¹²⁵⁷ Art. 833 da Lei 13.105/15.

¹²⁵⁸ Art. 921, §§4º e 5º, da Lei 13.105/15.

¹²⁵⁹ Art. 523 da Lei 13.105/15.

¹²⁶⁰ Art. 517 da Lei 13.105/15.

¹²⁶¹ Atualmente, CONTA "DEFENSORES PÚBLICOS DE MINAS GERAIS - RATEIO", N.º5724-X DA AGÊNCIA 1615-2 (AGÊNCIA GOVERNO-BH) DO BANCO DO BRASIL.



§ 5º Havendo necessidade, o defensor público deverá verificar a possibilidade da penhora de frutos ou créditos de qualquer natureza, bem como, após pesquisa no Infoseg, de quotas ou ações de empresa de que faça parte o devedor.

Art. 1.100. Se penhorados veículos ou imóveis, poderá o defensor público obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz para fins de averbação, para os fins mencionados no art. 828 da Lei 13.105/15, comunicando ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

Art. 1.101. Recaindo a penhora sobre bem imóvel ou direito real sobre imóvel, deverá ser providenciada a intimação também do cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens¹²⁶².

Art. 1.102. Quando se tratar da obrigação de fazer, lembrar que a multa diária não é a única sanção para a hipótese de inadimplemento, uma vez que a norma geral é aberta e permite tanto a satisfação da obrigação a expensas do devedor como quaisquer outras medidas suficientes, tais quais busca e apreensão, interdição de estabelecimento, demolição etc.

Art. 1.103. É dever funcional do defensor público instituído pelo art. 4º, inciso XXI, da Lei Complementar 80/94 e Deliberação 01/2005, executar os honorários sucumbenciais decorrentes de sua atuação.

SEÇÃO VIII DA ATUAÇÃO RECURSAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUBSEÇÃO I DAS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E ANÁLISE DE CABIMENTO E CONVENIÊNCIA

Art. 1.104. O assistido deve sempre ser informado da sentença.

Parágrafo único. Caso dados cadastrais do assistido não estejam atualizados ou este não seja localizado, convém verificar a possível existência de óbito¹²⁶³, por meio do Infoseg ou obtendo comprovante da situação cadastral no CPF, este no sítio da Receita Federal.

Art. 1.105. Recomenda-se manter organização contínua das medidas pendentes, com prioridade para aquelas cujos prazos estão mais próximos de expirar, evitando, sempre que possível, a utilização do prazo em dobro.

Art. 1.106. Se a decisão gerar consequências em demanda acompanhada por outro defensor público, deve este ser informado, se necessário por meio de comunicação formal adequadamente numerada, contendo sugestões de providências, vedada a tomada de medidas naquela outra demanda sem expressa autorização.

¹²⁶² Art. 842 da Lei 13.105/15.

¹²⁶³ O que certamente poderá prejudicar a interposição do recurso.

Art. 1.107. O defensor público não pode dispor do direito da parte sem sua anuência expressa, incumbindo-lhe, todavia, a análise da viabilidade técnico-procedimental do recurso, nos limites de sua independência funcional¹²⁶⁴.

Art. 1.108. Quando o defensor público natural reputar incabível ou inconveniente eventual recurso, convém registrar nos autos sucinta justificativa e, se possível, colher o ciente do assistido.

Art. 1.109. Sugere-se que, preliminarmente à elaboração dos recursos, o defensor público faça pesquisa jurisprudencial para auxiliá-lo na análise de cabimento e conveniência da manifestação.

Art. 1.110. A simples existência de jurisprudência não-vinculante contrária não implica, por si só, a impossibilidade, inconveniência ou desnecessidade de interposição do recurso. Parágrafo único. A mínima probabilidade de êxito do recurso, contudo, deve ser ponderada no momento da interposição, e o assistido sempre informado adequadamente.

Art. 1.111. Especialmente nas ações de cobrança, há de ser tomada cautela quanto à utilidade do recurso, já que eventual proveito econômico será necessariamente afetado pela incidência de encargos, legais e contratuais, durante o tempo necessário para o trâmite desde o prazo das contrarrazões até o retorno da instância superior, além dos honorários sucumbenciais cumulativamente devidos¹²⁶⁵.

Art. 1.112. A Defensoria Pública, quando atua como curadora ou em nome próprio, é isenta do pagamento de custas, neste segundo caso por expressa determinação do art. 10, inciso VII, da Lei Estadual 14.939/03.

SUBSEÇÃO II DAS ORIENTAÇÕES GERAIS QUANTO À ELABORAÇÃO DO RECURSO

Art. 1.113. É fundamental haver interação entre defensores públicos lotados em órgãos de atuação diversos, inclusive para facilitar o acesso à informação do assistido.

Parágrafo único. Sempre quando necessário, deve o defensor público que atua em primeira instância auxiliar o colega de segunda instância, por meio do fornecimento de dados, documentos e petições.

Art. 1.114. O prequestionamento, visando a possível interposição de recursos excepcionais, é sempre aconselhável, atento às súmulas 282 e 356 do STF e 320 do STJ.

Art. 1.115. Recomenda-se não ficar adstrito ao exame de mérito, verificando também os requisitos formais da sentença, especialmente o dever de fundamentação previsto no art. 93, inciso IX, da CR/88, e requerer seja aquela declarada na hipótese de obscuridade, contradição, omissão ou erro material¹²⁶⁶

¹²⁶⁴ A propósito, *mutatis mutandis*, ver Orientação Funcional n.º 03 da Corregedoria-Geral da Defensoria Pública.

¹²⁶⁵ Art. 85, §1º, da Lei 13.105/15.

¹²⁶⁶ Art. 1022 da Lei 13.105/15.



Art. 1.116. Recomenda-se que as razões recursais prezem pela utilização da norma culta, em tom moderado, e sejam tão sucintas e organizadas quanto possível, evitando a transcrição de vários julgados ou excertos doutrinários para o mesmo tema, bem como disposições normativas de notório conhecimento.

Art. 1.117. Ao analisar a sentença depois de precluso o prazo para recurso da parte contrária, sugere-se destacar nas razões ou nas contrarrazões eventual capítulo da sentença que tenha transitado em julgado, já vislumbrando possível cumprimento provisório e prevenindo equívocos na instância superior.

Art. 1.118. Ao elaborar recurso de apelação ou suas contrarrazões, checar se há questões resolvidas na fase de conhecimento que devam ser suscitadas em preliminar, sob pena de preclusão¹²⁶⁷.

Art. 1.119. Em recurso inominado de decisão proferida no âmbito dos Juizados Especiais, o efeito é apenas devolutivo, motivo pelo qual convém analisar se há possibilidade de dano irreparável e requerer a concessão de efeito suspensivo nesta hipótese¹²⁶⁸.

Art. 1.120. Ao ajuizar o agravo de instrumento, atentar sempre para o fiel cumprimento do art. 1.018 da Lei 13.105/15¹²⁶⁹.

Parágrafo único. Em caso de descumprimento do dispositivo citado no caput pela parte contrária, o defensor público deverá obter certidão e encaminhar ao órgão de execução com atuação em segunda instância.

SEÇÃO IX
DA CURADORIA ESPECIAL
SUBSEÇÃO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.121. Se houver citação ficta, o réu ou seus representantes não forem encontrados nem possuir advogado constituído nos autos, a Defensoria Pública deverá atuar no feito na condição de curadora especial, nos termos das normas que a regem¹²⁷⁰.

Art. 1.122. A curadoria especial é atribuição exclusiva e institucional da Defensoria Pública, quando devidamente instalada na comarca.

§ 1º Eventuais nomeações de defensores públicos não de ser recebidas como abertura de vista para a Defensoria Pública, a quem incumbe conferir atribuições a seus membros e substituí-los nas hipóteses legais.

¹²⁶⁷ Art. 1009 da Lei 13.105/15.

¹²⁶⁸ Art. 43 da Lei 9.099/95.

¹²⁶⁹ Art.526 do atual CPC.

¹²⁷⁰ Especialmente os artigos 4º, VI, da Lei Complementar 80/94, e 5º, inciso VIII, da Lei Complementar Estadual 65/03, com o art. 24, XIII, da Constituição da República, e art. 72, parágrafo único, da Lei 13.105/15 (novo CPC).

§ 2º Em decorrência dos princípios da unidade e da indivisibilidade, a representação do curatelado é feita pela Defensoria Pública e não por algum membro da carreira em particular, o qual pode ser substituído a qualquer momento, conforme as regras internas.

§ 3º Excepcionalmente, advogados poderão atuar como curador especial, mas somente quando impossível a atuação da Defensoria Pública e após manifestação prévia desta, nos termos do art. 4º, da Lei Estadual nº 13.166/99.

Art. 1.123. O curador é representante processual da parte, cujo mandato legal lhe permite praticar normalmente todos os atos no processo, à exceção daqueles para os quais sejam exigidos poderes especiais, como atos de disposição de direito material.

Art. 1.124. A curadoria é função atípica da Defensoria Pública, a significar que não demanda a análise da situação econômica do curatelado.

Parágrafo único. Quando constituído advogado, fica vedada a atuação do defensor público, seja por ter cessado a necessidade quanto por um imperativo ético.

Art. 1.125. A defesa por negativa geral deve ser evitada como argumento único na resposta, cabendo sempre averiguar, a título de exemplo:

I – decadência;

II – prescrição;

III – regularidade do procedimento, em especial o esgotamento dos meios para citação;

IV – existência de nulidades;

V – juntada de documentos indispensáveis.

§ 1º Convém sempre mencionar a negativa geral nas respostas, contudo, já que ela mantém a incontroversabilidade dos fatos narrados na petição inicial e, por conseguinte, a necessidade de o autor demonstrar os fatos constitutivos do direito.

§ 2º Não são cabíveis embargos à execução por negativa geral.

§ 3º Na hipótese da existência de cláusulas abusivas, devem estas ser individualmente especificadas e fundamentadas as razões para sua exclusão, especialmente quando se tratar de contratos bancários, observada a súmula 381 do STJ.

Art. 1.126. O entendimento amplamente majoritário na doutrina e na jurisprudência é o de que não é possível deferir a justiça gratuita ao curatelado pelo simples fato de ser assistido pela Defensoria Pública¹²⁷¹.

Art. 1.127. Mesmo quando a lei autorizar que a intimação do réu possa ser feita pelo Diário Oficial ou carta, o defensor público deve diligenciar para que sua intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista (art. 128, I, da Lei Complementar 80/94) seja observada.

Parágrafo único. A intimação do curador, por sua vez, não gera efeitos extraprocessuais, já que este não possui poderes para receber intimação ou citação em nome da parte.

¹²⁷¹ Sobre o tema, favor conferir orientações complementares na parte destinada à Defensoria Especializada na atuação na Segunda Instância e Tribunais Superiores – DESITS CÍVEL.



Art. 1.128. Sendo designada audiência unicamente para tentativa de conciliação envolvendo curatelado, o defensor público deve justificar nos autos a sua impossibilidade de transigir e requerer o cancelamento do ato.

Art. 1.129. O prazo do curador é impróprio, segundo entendimento majoritário, já que eventual desídia do curador não pode implicar na supressão do direito à defesa do curatelado, sem prejuízo da responsabilidade administrativa.

Art. 1.130. Na hipótese de impossibilidade do recebimento da citação mencionada no art. 218 do CPC¹²⁷², o curador a que se refere a norma é exclusivamente para recebimento da citação, e, na inexistência de representante legal, deve observar a preferência legal do art. 1775 do CCB.

§ 1º A hipótese do caput trata de curador de direito material, não se confundindo com o curador à lide do art. 9º, II do CPC.

§ 2º A curadoria de direito material não constitui atribuição da Defensoria Pública.

SUBSEÇÃO II DAS PROVIDÊNCIAS INDISPENSÁVEIS PARA A VALIDADE DA CITAÇÃO

Art. 1.131. A citação pessoal é importante para a plenitude dos direitos fundamentais à ampla defesa e contraditório, por isto o curador deve diligenciar para esgotar os meios disponíveis.

Art. 1.132. Se o réu tiver endereço conhecido nos autos é imprescindível a tentativa de citação no local antes de deferida a citação por edital, sob pena de nulidade absoluta.

Art. 1.133. Quando os autos não contiverem qualquer informação útil para localização do réu, o defensor público deve pesquisar nos sistemas que tiver à sua disposição, tal como o Infoseg, sítios da Receita Federal e *Google*, mesmo enquanto são aguardadas providências já iniciadas ou requeridas do Judiciário.

§ 1º A base de dados do Infojud é idêntica à do Infoseg, logo a existência de um elimina a necessidade do outro.

§ 2º Convém requerer ao juízo que diligencie perante o Banco Central, TRE e determinada empresa de telefonia, quando conhecido o telefone do réu, para obtenção do endereço.

§ 3º Mesmo se não houver sucesso na tentativa de localização, recomenda-se juntar aos autos reproduções das páginas de pesquisa, para demonstrar as providências adotadas pela instituição e o esgotamento dos meios disponíveis à citação pessoal, evitando o prolongamento desnecessário do feito.

§ 4º Quando houver suspeitas de que o réu já faleceu, é sugerida a pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça para averiguar a existência de ação de inventário, ativa ou baixada.

Art. 1.134. Na citação por hora certa, deve ser verificado se foi remetida notificação ao réu.

¹²⁷² Art. 245 do NCCP.

Art. 1.135. Na citação por edital, atentar para a regularidade e tempestividade das publicações, inclusive nos sítios eletrônicos mencionados no art. 257, III, da Lei 13.105/15, e jornais de ampla circulação, quando for o caso.

Art. 1.136. Mesmo quando o defensor público informar novo endereço do curatelado, onde ainda não foi tentada a citação, recomenda-se a elaboração da resposta, ante o risco de se entender pela existência de preclusão consumativa.

SUBSEÇÃO III DAS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO OU INVIABILIDADE DA CURADORIA ESPECIAL

Art. 1.137. Caso o réu revel citado fictamente tenha ciência inequívoca do processo, cessa a possibilidade de interveniência do curador especial.

Art. 1.138. A atuação para pessoas incertas ou eventuais interessados é desnecessária, sua ausência não gera prejuízo, não encontra respaldo na jurisprudência e, como não incumbe à Defensoria Pública atuar como fiscal da lei, deve ser questionada pelo curador, quem não está obrigado a intervir nesta hipótese.

Art. 1.139. Em qualquer hipótese, a atuação do curador especial jamais poderá ser admitida para um único ato, uma vez que inexistente subordinação hierárquico-funcional da Defensoria Pública ao Poder Judiciário.

Art. 1.140. Na hipótese de curadoria residual¹²⁷³, há preferência legal pela tutela dos interesses da parte por seus representantes legais.

Parágrafo único. Não havendo representantes ou quando os interesses destes colidirem com o do incapaz, apenas, é que se faz necessária a intervenção do defensor público.

Art. 1.141. Sempre quando inviável tecnicamente a atuação da Defensoria Pública a título de curadoria, a instituição somente continuará assistindo a parte se esta não tiver advogado constituído e comparecer à instituição para comprovar seu caráter de necessitado.

¹²⁷³ Art. 9º, inciso I, CPC e art. 72, inciso I, do NCPC – Lei 13.105/15.



Parte Segunda: LIVRO X – Da Atuação na Tutela Coletiva
12.2

TÍTULO II DA ATUAÇÃO NO DIREITO FAMILIARISTA

CAPÍTULO I DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL – CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Art. 1.142. A assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública no plano extrajudicial obtém resultados mais efetivos e permanentes na solução dos conflitos, tanto os interpessoais quanto os sociais.

Parágrafo único. A atuação extrajudicial evidencia com mais nitidez o papel diferenciado da instituição na promoção da cidadania, por seu importante e peculiar mister de conscientização e educação em direitos¹²⁷⁴.

Art. 1.143. A atuação prática do defensor público no ramo do direito de família tem demonstrado, na maioria das vezes, que o tratamento exclusivamente jurídico das demandas recorrentemente trazidas pelos cidadãos não satisfaz os verdadeiros anseios e necessidades daqueles que se encontram envolvidos em determinado conflito de natureza familiar.

Parágrafo único. A atuação do defensor público na seara familiarista exige uma abordagem metajurídica voltada para a identificação das reais hipossuficiências e situações de vulnerabilidade apresentadas pelos assistidos.

Art. 1.144. O cidadão envolvido em determinada questão ou conflito de natureza familiar requer especial atenção do defensor público, para a devida avaliação dos reais problemas e dificuldades enfrentados, que geralmente não se solucionam com a adoção de alguma providência de cunho exclusivamente jurídico e impositivo, notadamente se esta medida for desacompanhada da abordagem e do respectivo acolhimento multidisciplinar do caso.

Parágrafo único. A atuação extrajudicial demanda a superação dos mecanismos de solução de conflitos tradicionalmente utilizados, diante da análise empírica de que a atuação puramente demandista não se presta à solução efetiva dos conflitos dessa natureza, nem contribui para a instauração de uma cultura de prevenção desses mesmos conflitos, o que acarreta recorrentemente o retorno das mesmas demandas a nova apreciação do Poder Judiciário.

Art. 1.145. No peculiar contexto das relações familiares sobressai a enorme relevância dos mecanismos complementares de soluções dos conflitos, de que são exemplos clássicos a conciliação e a mediação.

¹²⁷⁴ É de se destacar que a própria Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC nº 80/94), em seu art. 4º, II:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: II – promover, **prioritariamente**, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.

Art. 1.146. A conciliação quanto a mediação representam instrumentos fundamentais no trabalho de reconstrução mais efetiva e duradoura das relações desgastadas pelo conflito, já que ambas têm como base uma forte premissa, que é a não dicotomização do conflito, ou seja, que a sua solução efetiva não pressupõe a existência de *ganhador* e *perdedor*, como se verifica, tradicionalmente, em uma relação de natureza obrigacional ou contratual.

Parágrafo único. O êxito de uma conciliação ou uma mediação depende necessariamente de uma confluência de interesses, em que cada parte envolvida deixe sua posição individualmente externada e se direcione a uma solução que satisfaça ao interesse de todos os envolvidos no conflito, afastando qualquer conotação adversarial da relação tratada.

Art. 1.147. Os métodos alternativos da conciliação e da mediação partem da ideia de que as pessoas envolvidas em um conflito devem ser protagonistas de sua solução e de que a verdadeira pacificação das relações interpessoais, especialmente as familiares, somente se viabiliza mediante a conscientização e o empenho de cada envolvido na busca desse resultado.

Art. 1.148. A conciliação é um instrumento mais pragmático de solução de conflitos e mais utilizado nas situações em que o intuito é a superação de uma contenda pontual, em que o conciliador apresenta uma postura mais ativa e sugere as alternativas viáveis a cada uma das partes.

Parágrafo único. No procedimento da conciliação, geralmente, o acordo é o resultado mais visado e este consenso é normalmente obtido mediante a realização de concessões recíprocas pelas partes.

Art. 1.149. A mediação tem como enfoque principal o tratamento mais amplo e abrangente da relação sob conflito, de tal maneira que, na maioria dos casos, o verdadeiro conflito a ser tratado não é propriamente aquele que as partes envolvidas apresentam em suas “queixas” iniciais, o chamado “conflito aparente”, mas outro conflito mais obscuro, que representa a verdadeira origem, raiz ou a causa dos demais conflitos aparentes, o chamado “conflito oculto”.

§ 1º Para que seja identificado e devidamente tratado o “conflito oculto” dessas relações, é necessário, em regra, que se conheça o nascedouro da relação sob conflito, mediante o estudo do chamado “antepassado” das relações, como forma mais eficiente de identificar, compreender e tratar os conflitos pela sua origem.

§ 2º Neste procedimento, a postura do mediador é de maior neutralidade se comparada à conciliação e, portanto, mais voltada para auxiliar a que as próprias partes aprendam a lidar com o conflito e as divergências de modo que, por elas mesmas, busquem superá-los.

§ 3º A maior eficácia visada na mediação refere-se ao trabalho que é realizado não somente sobre o conflito trazido, mas fundamentalmente sobre a relação interpessoal ou familiar em essência, ao ponto de contribuir com que as próprias pessoas envolvidas tenham condições de autonomamente solucionarem conflitos futuramente advindos da mesma relação, sobretudo pela técnica do empoderamento das partes que é bastante exercitada no procedimento da mediação.



Art. 1.150. A mediação pode representar uma via mais abrangente e qualificada para o tratamento dos conflitos de ordem familiar, seja pela perspectiva de durabilidade dessas relações, seja pela expectativa de maior êxito no trabalho de prevenção de novos conflitos desta mesma relação, já que a mediação busca o tratamento da relação como um todo e não apenas o conflito pontualmente considerado.

Art. 1.151. Independentemente do método alternativo que se utilize, o mais importante neste contexto da atuação cotidiana do defensor público, notadamente na seara familiarista, é que se procure prestigiar e conferir cada vez mais espaço à utilização desses mecanismos, seja porque eles representam instrumentos legítimos não adversariais de tratamento e solução dos conflitos familiares, seja porque eles contribuem significativamente para a diminuição da carga de litigiosidade dessas relações.

Art. 1.152. A utilização exitosa, seja da conciliação ou da mediação, repercute diretamente na diminuição das rediscussões judiciais das demandas familiares, tais mecanismos também atuam, fortemente, na prevenção de novos conflitos, o que faz ressaltar, em última análise, o importante papel de transformação social do defensor público.

CAPÍTULO II DA ATUAÇÃO JUDICIAL

SEÇÃO I DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE DIVÓRCIO

Art. 1.153. A Emenda Constitucional n. 66/2010, que deu nova redação ao art. 226 da CR/88, aboliu a exigência de quaisquer requisitos para a concessão do divórcio.

Parágrafo único. Em razão do disposto no caput, verifica-se o desaparecimento do instituto da separação judicial, assim como a desnecessidade do implemento de prazos ou atribuição de culpa.

Art. 1.154. Ao elaborar uma ação de divórcio, imprescindível ter em mente a disposição do art. 2.039 do CCB. Sendo assim, o regime de bens nos casamentos celebrados sob a égide do Código de 1916 é o por ele estabelecido.

Art. 1.155. A ação de divórcio poderá ser litigiosa ou consensual.

Parágrafo único. Sempre que possível, fomentar a solução amigável do litígio.

Art. 1.156. Nas ações de divórcio, caso existam pedidos cumulados, tais como alimentos e partilha de bens, o valor da causa será encontrado pela soma de doze vezes o valor da verba alimentar pretendida ao valor estimado dos bens objeto de partilha, nos termos do art. 259, incisos II e VI, do CPC.

Art. 1.157. Mantendo a alteração trazida pela Lei n. 6.515/1977¹²⁷⁵, O CCB estabelece que o regime da comunhão parcial de bens é o regime legal.

¹²⁷⁵ Lei do Divórcio.

Parágrafo único. Caso a certidão não faça menção ao regime de bens, este é o regime adotado.

Art. 1.158. Nos casamentos realizados antes de 26 de dezembro de 1977, data de entrada em vigor da Lei 6.515, o regime legal é o da comunhão universal de bens.

Parágrafo único. Caso a certidão não faça menção ao regime de bens e o casamento tenha sido celebrado no período anteriormente referido, aquele é o regime adotado.

Art. 1.159. Caso o assistido tenha adotado regime de bens diverso do regime legal, deverá o defensor público indagá-lo sobre a existência de pacto antenupcial.

Parágrafo único. Informada a ausência de pacto antenupcial, deverá o defensor público colher declaração própria do assistido e informar o fato na petição inicial.

Art. 1.160. Recomenda-se a formalização da separação de fato por meio do ajuizamento de ação de divórcio nas seguintes hipóteses:

I – necessidade de exclusão da partilha de bens adquiridos durante a separação;

II – perda da condição de meeiro ou herdeiro¹²⁷⁶;

III – alegação de usucapião familiar.

Art. 1.161. Nos termos do art.884 do Código Civil, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa obsta a partilha dos bens adquiridos após o fim da sociedade conjugal com a separação de fato¹²⁷⁷.

Art. 1.162. Na hipótese do artigo anterior, caso haja conflito a respeito de tais bens, fazer pedido específico na ação de divórcio para que o juiz reconheça a inexistência de bens a partilhar.

Art. 1.163. Quando adotado o regime da comunhão parcial de bens, observar as causas que excluem bens da partilha constantes no art.1.659 do CCB.¹²⁷⁸

Art. 1.164. Na hipótese de bem sub-rogado, o qual é objeto de conflito, fazer pedido específico para que o juiz declare a existência da sub-rogação.

Art. 1.165. No regime da separação obrigatória de bens¹²⁷⁹, comunicam-se os aquestos, ou seja, os bens e direitos adquiridos na constância do casamento¹²⁸⁰.

Art. 1.166. Normalmente, os juízes das varas de família aceitam que na ação de divórcio sejam cumulados pedidos de guarda, alimentos para os filhos e partilha de bens.

¹²⁷⁶ Art. 1.830 do CCB.

¹²⁷⁷ STJ, REsp. 555.771/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 05/05/2009; TJDF. Processo n. 2008051006597-6 APC. Relator Des. Natanael Caetano. Julgado em 05.08.2009. Publicado em 17.08.2009; TJDF. Processo n. 20060710056462APC, Relator DÁCIO VIEIRA, 5ª Turma Cível, julgado em 07/11/2007, DJ 28/02/2008 p. 1841.

¹²⁷⁸ TJMG. Apelação Cível n. 1.0407.10.000176-4/001. Relator Des. Raimundo Messias Júnior. Julgado em 05.11.2013

¹²⁷⁹ Art. 1.641 do Código Civil.

¹²⁸⁰ Observar a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.



Parágrafo único. No caso de pedido de alimentos, aceita-se a irregularidade de que um genitor peça ou ofereça alimentos para os filhos, que não constam como partes no processo.

Art. 1.167. Sobre o divórcio consensual extrajudicial, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.441/07:

I – o divórcio extrajudicial é feito nos cartórios de notas, mediante escritura pública.

II – não pode haver interesse de filho menor ou incapaz.

III – é possível partilhar bens no divórcio extrajudicial, desde que sejam regulares, devidamente registrados.

SEÇÃO II DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS

Art. 1.168. Sobre a modificação do regime de bens após a celebração do casamento, prevista no art. 1.639, §2º do CCB:

I – trata-se de procedimento de jurisdição voluntária;

II – o pedido deve ser veiculado, necessariamente, por ambos os cônjuges;

III – o pedido de alteração do regime de bens deve ser motivado;

IV – o interesse de terceiros há que ser preservado.

Art. 1.169. Revela-se como juridicamente impossível o pedido contencioso para a modificação do regime de bens¹²⁸¹.

Art. 1.170. Doutrina e jurisprudência admitem a alteração de regime de bens do casamento celebrado sob a égide do CCB de 1916¹²⁸².

Art. 1.171. Há controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a modificação do regime de bens em casos de separação obrigatória¹²⁸³.

SEÇÃO III DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

Art. 1.172. A CR/88, em seu artigo 226, §3º, estabeleceu um novo paradigma ao tratar da família.

Parágrafo único. Além da família matrimonializada, novas entidades familiares foram reconhecidas e passaram a ser protegidas, dentre elas a união estável.

Art. 1.173. A união estável nasce da convivência e está fundamentada na afetividade.

Parágrafo único. A convivência para fins de reconhecimento da união estável deve ser:

¹²⁸¹ TJRS, AC 70056963481, 8º C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28/11/2013.

¹²⁸² TJMG, AC 1.0079.12.030931-9/001, 2º C. Cív., Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 26/11/2013.

¹²⁸³ TJRS, Apelação Cível Nº 70053657052, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/07/2013.

- I – pública;
- II – contínua;
- III – duradoura;
- IV – estabelecida com o objetivo de constituição de família¹²⁸⁴.

Art. 1.174. Não há previsão legal do lapso temporal como requisito para configurar a união estável¹²⁸⁵.

Art. 1.175. Não há previsão legal da coabitação como requisito para configurar a união estável.

Art. 1.176. Exemplificativamente, a união estável poderá ser comprovada com a juntada dos seguintes documentos:

- I – comprovantes de endereço dos companheiros;
- II – fotografias;
- III – faturas de cartão de crédito;
- IV – comprovantes de dependência em plano de saúde.

Art. 1.177. Para que a união estável seja reconhecida, imprescindível que inexistam impedimentos.

Parágrafo único. Instruir a inicial com a certidão de nascimento ou certidão de casamento atualizada do assistido.

Art. 1.178. Quando o assistido não tiver acesso à documentação do réu, requerer na inicial a exibição da certidão de nascimento ou casamento atualizada, nos termos do art. 355 do CPC.

Art. 1.179. O companheiro casado pode ter união estável reconhecida.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, essencial a oitiva de testemunhas para fins de comprovação da data da separação de fato.

Art. 1.180. Sobre as ações de reconhecimento e dissolução de união estável *inter vivos* ou *post mortem*:

- I – a ação de reconhecimento e dissolução de união estável *inter vivos* é movida contra o próprio companheiro;
- II – a ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem* é movida, necessariamente, contra todos os herdeiros do companheiro¹²⁸⁶;
- III – se o companheiro for casado, a esposa tem interesse no feito, razão pela qual deve ser incluída no polo passivo da demanda;

¹²⁸⁴ TJMG – Apelação 1.0702.01.034132-0/001(1) – Rel: Des. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO. DJ: 20.09.2006.

¹²⁸⁵ TJDF, Apelação Cível nº 20050110622627, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, 5ª Turma Cível, j. 01/12/2010.

¹²⁸⁶ Verifica-se um litisconsórcio passivo necessário. Interessante verificar a ordem de sucessão hereditária (art. 1.829 do Código Civil).
STJ, Recurso Especial n. 331842 / AL, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 06/05/2002.



IV – nas ações de reconhecimento e dissolução de união estável post mortem, os réus incertos e desconhecidos devem ser incluídos no pólo passivo¹²⁸⁷;

V – na hipótese do inciso anterior, o art. 231, I, do CPC autoriza que os réus desconhecidos sejam citados por edital.

Art. 1.181. O direito real de habitação foi estendido ao companheiro sobrevivente¹²⁸⁸.

Parágrafo único. Tal direito permanece por analogia ao art. 1.831 do Código Civil¹²⁸⁹ e inexistência de revogação expressa pelo novo CCB.

Art. 1.182. O direito real de habitação é um direito de fruição sobre coisa alheia que garante o direito fundamental à moradia e limita o direito fundamental à propriedade.

Art. 1.183. Imprescindível fazer requerimento expresso para o reconhecimento do direito real de habitação do companheiro na petição inicial.

Art. 1.184. Normalmente, os juízes das varas de família aceitam que na ação de reconhecimento e dissolução de união estável sejam cumulados pedidos de guarda, alimentos para os filhos e partilha de bens.

Parágrafo único. No caso de pedido de alimentos, aceita-se a irregularidade de que um genitor peça ou ofereça alimentos para os filhos, que não constam como partes no processo.

Art. 1.185. À união estável é aplicado o regime da comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725 do CCB.

Art. 1.186. O STF, na ADI 4277 e ADPF 132, reconheceu com efeito vinculante e *erga omnes* a união estável homoafetiva como entidade familiar, estendendo-lhe o mesmo regime jurídico aplicável à união estável heteroafetiva, sem qualquer diferenciação¹²⁹⁰.

Parágrafo único. O CNJ, como consequência do posicionamento jurisprudencial acima e atento à necessidade de conferir a adequada conformação e universal tratamento jurídico às relações homoafetivas, editou a Resolução nº 175/13, para estender às mencionadas uniões a plena possibilidade de realização do casamento civil e de conversão das uniões homoafetivas em casamento, mediante a proibição às instâncias competentes de recusa dos referidos pedidos pelos interessados.

¹²⁸⁷ REsp 43457/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 30.10.1995, DJ 05.02.1996, p. 1383 / TJDF. Apelação Cível 20060710269976APC. Desembargador HUMBERTO ADJUTO ULHÔA. 3ª Turma Cível. Julgado em 06.02.2008. REsp 28.900/RS, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.04.1993, DJ 03.05.1993 p. 7796.

¹²⁸⁸ Artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996.

¹²⁸⁹ TJDF. Acórdão n. 559711, 20110020096701AGI, Relatora Des. Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível, julgado em 11.01.2012, publicado no DJ em 20.01.2012.

¹²⁹⁰ Apelação Cível nº 70012836755 – Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 21 de dezembro de 2005, Relatora: Des. Maria Berenice Dias.

SEÇÃO IV DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS

Art. 1.187. A ação de alimentos deve tramitar conforme o procedimento especial disciplinado na Lei nº 5.478/68¹²⁹¹, aplicando-se supletivamente o CPC¹²⁹².

§ 1º O procedimento especial caracteriza-se, dentre outras peculiaridades, pela citação do réu para comparecer à audiência una de conciliação, instrução e julgamento, na qual poderá apresentar contestação, abrindo-se imediatamente a fase instrutória e decisória, devendo a sentença ser proferida na mesma assentada.

§ 2º Nos termos do art.13 da Lei 5.478/68, o procedimento especial da ação de alimentos também deve ser aplicado nas ações de oferta, revisão e exoneração de alimentos.

Art. 1.188. Recomenda-se ao defensor público verificar o entendimento adotado nas varas junto às quais atuará, em relação ao procedimento utilizado nas demandas de alimentos, inclusive nas ações de oferta, revisão e exoneração.

Parágrafo único. Caso a assistência jurídica seja solicitada pelo réu, iniciando-se com o comparecimento em audiência, verificar a natureza da assentada, certificando-se da necessidade de levar defesa escrita para ser apresentada no ato, em caso de impossibilidade de acordo.

Art. 1.189. Nas Ações de Alimentos, o foro competente para a apreciação da causa é o do domicílio do alimentando, conforme norma disposta no art. 100, II, do CPC.

Parágrafo único. Consoante pacífica orientação doutrinária e jurisprudencial, a regra de competência aplica-se não apenas às ações de alimentos, mas também às de oferta, revisão e exoneração do encargo.

Art. 1.190. A jurisprudência do STJ é no sentido de que, havendo alimentando menor de idade no polo passivo da demanda, autoriza-se o reconhecimento de ofício, em seu favor, de uma eventual incompetência territorial.

§ 1º Isto porque o critério *rationi loci*, neste caso, tornar-se-ia impositivo e de ordem pública, ensejando a incompetência absoluta do órgão judicante que assim não se pronunciasse¹²⁹³.

§ 2º O raciocínio é construído à luz do art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que preceitua que o juízo competente para a apreciação de causas de interesse da criança ou do adolescente é o do domicílio dos seus pais ou responsável¹²⁹⁴.

§ 3º O entendimento fundamenta-se em uma interpretação sistemática e teleológica das normas estatuídas nos arts. 100, II, e 98 do CPC, em conjunto com o art. 147, I, do ECA, concluindo-se que os critérios de determinação da competência segundo o domicílio do menor possuem natureza absoluta, em qualquer circunstância, a despeito de se apresentarem como de natureza territorial.

¹²⁹¹ Lei de Alimentos.

¹²⁹² Art. 27, Lei 5.478/68.

TJMG, Agravo de instrumento nº 1.0433.09.277699-9/001 – Relator: Des. Dídimo Inocêncio de Paula, publ. em 21.08.2009.

¹²⁹³ STJ – Conflito de Competência no 102.849 – CE, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 2ª Seção, publicado em 03/06/2009.

¹²⁹⁴ Representante legal, assistente, guardião etc..



§ 4º A orientação jurisprudencial também concretiza o princípio constitucional da prioridade absoluta de proteção à criança e ao adolescente, traduzido no art. 227 da CR/88.

§ 5º O entendimento observa a mesma ratio proclamada pelo STJ nas Súmulas no 01¹²⁹⁵ e 383¹²⁹⁶.

Art. 1.191. Nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei de Alimentos, constitui requisito da petição inicial a especificação de quanto ganha aproximadamente ou dos recursos de que dispõe o alimentante, pois este fato é elemento fundamental para a aferição das suas possibilidades financeiras.

§ 1º Caso o assistido não saiba precisar a renda mensal do alimentante, recomenda-se inserir na petição inicial uma estimativa dos ganhos, ainda que aferidos em caráter preliminar, com a ressalva de que se trata de mera projeção e de que a questão deverá ser objeto de prova no curso do processo.

§ 2º A especificação da renda mensal aproximada do alimentante representa ponto de extrema importância na petição inicial, pois será com base nele que o juiz fixará os alimentos provisórios¹²⁹⁷.

§ 3º A não inserção da estimativa dos ganhos mensais do alimentante autoriza o juiz a determinar a emenda da petição inicial.

Art. 1.192. Independentemente do rito adotado, recomenda-se instruir a petição inicial com o rol de testemunhas a serem ouvidas em audiência, com pedido expresso de sua intimação pessoal e ressaltando o direito de substituí-las ou acrescentar outras no prazo legal.

§ 1º Orientar o assistido a levar as testemunhas previamente arroladas na audiência de instrução que for designada, nos termos do art. 8º da Lei de Alimentos.

§ 2º Apesar da redação do art. 8º da Lei de Alimentos, a parte não pode ser prejudicada caso não consiga levar suas testemunhas, pois ela não dispõe de meios para conduzi-las em caráter obrigatório ou contra a sua vontade.

§ 3º Considerando tratar-se de um encargo inerente à função jurisdicional, insuscetível de delegação à parte, a esta assiste o direito à convocação judicial de suas testemunhas¹²⁹⁸, bem como a que sejam conduzidas coercitivamente, caso se recusem a comparecer, aplicando-se a respeito as disposições do CPC.

Art. 1.193. Nos termos do art. 259, VI, do CPC, o valor da causa nas ações de alimentos corresponderá ao resultado da soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor.

¹²⁹⁵ Súmula 01/STJ: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

¹²⁹⁶ Súmula 383/STJ: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

¹²⁹⁷ Art. 4º da Lei de Alimentos.

¹²⁹⁸ Ampla defesa.

Art. 1.194. Nos processos que seguirem o rito estabelecido na Lei de Alimentos, o prazo de contestação estende-se até a realização da audiência una de conciliação, instrução e julgamento, podendo ser apresentada oralmente ou por escrito, na própria assentada.

Parágrafo único. Aconselha-se ao defensor público elaborar previamente a contestação e protocolizá-la nos autos, aguardando-se a realização da audiência, especialmente quando designada para data longínqua.

Art. 1.195. Nos processos que seguirem o rito especial, ao réu é garantida a observância de um prazo razoável entre a efetivação de sua citação e a realização da audiência concentrada, sob pena de nulidade por prejuízos à ampla defesa e ao contraditório¹²⁹⁹.

Parágrafo único. Embora a lei não especifique o que seria um prazo razoável, existem julgados do TJMG que reconhecem um lapso mínimo de 10 dias, por analogia ao art. 277 do CPC¹³⁰⁰.

Art. 1.196. Na elaboração de contestação em Ação de Alimentos, recomenda-se ao defensor público:

I – analisar cuidadosamente as despesas especificadas na petição inicial, verificando a sua razoabilidade e a sua pertinência com a situação atual do alimentando, bem como se os valores correspondem ao que ordinariamente se observa na realidade social;

II – configurada a hipótese do inciso anterior, impugnar as inconsistências especificadamente, em observância ao ônus processual imposto no art. 302 do CPC;

III – verificar a quantidade de pessoas que residem no núcleo familiar do alimentando, bem como se as despesas deste foram apresentadas de forma individualizada e apartada daquelas consideradas comuns a todos, pois a pensão destina-se apenas ao beneficiário, não contemplando a sua família;

IV – observar se o valor pleiteado a título de alimentos guarda proporção com a extensão das despesas especificadas, impugnando eventual tentativa de transferência integral do dever de sustento para um único genitor;

V – perquirir as possibilidades financeiras do representante legal do alimentando, pois os pais devem repartir o dever de sustento da prole, proporcionalmente às suas condições;

VI – anexar cópia integral da carteira de trabalho do alimentante, pois a análise histórica das funções laborais que desempenhou permite traçar com segurança a média dos seus ganhos e conseqüentemente o seu perfil socioeconômico;

VII – especificar outros fatos considerados relevantes para a demonstração de suas possibilidades financeiras, como a existência de outros filhos, qual o seu nível de escolaridade ou de qualificação profissional, se possui despesas com aluguel e dívidas.

Art. 1.197. Na ação de alimentos, a sentença não se subordina ao princípio da correlação¹³⁰¹, podendo o magistrado arbitrá-los com base nos pressupostos fáticos que integram o binômio necessidade/possibilidade, sem que a decisão incorra em violação aos arts. 128 e 460 do CPC¹³⁰².

¹²⁹⁹ Inteligência do art. 5º, §1º, da Lei de Alimentos.

¹³⁰⁰ TJMG, AI nº 1.0028.05.007824-6/001, 7ª Câmara Cível, Relator Des. Pinheiro Lago, j. 08/11/2005.

¹³⁰¹ Adstrição ou congruência.

¹³⁰² STJ, REsp nº 182.681/TO, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 21/11/2002, DJ 19/12/2002.



Parágrafo único. O entendimento mencionado no caput se aplica à base de cálculo dos alimentos¹³⁰³, não caracterizando ofensa ao princípio da correlação a imposição, na sentença, de um parâmetro de aferição distinto daquele postulado.

Art. 1.198. A obrigação alimentar não deve ser quantificada em valor nominal, mas atrelada a algum critério de cálculo que garanta a atualização monetária, preservando-se o poder de compra.

§ 1º Utilizam-se como bases de cálculo a fixação de um percentual sobre o salário mínimo ou sobre a remuneração do alimentante, caso ele possua rendimentos formais¹³⁰⁴.

§ 2º A doutrina e a jurisprudência são assentes no sentido de admitir que a obrigação alimentar seja quantificada com base no salário mínimo vigente. Trata-se de exceção à vedação constitucional disposta no art. 7º, IV, justificada pela natureza essencial dos alimentos.

§ 3º Na celebração de acordos, pode ser conveniente fixar conjuntamente as duas bases de cálculo, aplicando-as alternativamente às hipóteses futuras de trabalho formal (percentual sobre os rendimentos) ou informal (percentual sobre o salário mínimo) do alimentante.

§ 4º Sobre o tema, analisar o art. 1.710 do CCB¹³⁰⁵.

Art. 1.199. Em Ação de Alimentos movida contra alimentante titular de remuneração formal, privilegiar o arbitramento da obrigação em percentual sobre os seus rendimentos, critério que, guardadas as peculiaridades de cada caso, geralmente reflete um maior equilíbrio com as possibilidades financeiras.

§ 1º Nestes casos, especificar na petição inicial o nome e o endereço do empregador, bem como os dados da conta bancária onde as pensões deverão ser depositadas, formulando pedido expresso para que os alimentos provisórios e definitivos sejam descontados em folha de pagamento.

§ 2º Não há impedimento para que a base de cálculo seja definida em percentual sobre o salário mínimo, ainda que o alimentante disponha de rendimentos formais.

Art. 1.200. Para fins de cálculo, a expressão rendimentos líquidos é entendida como a diferença entre o rendimento bruto e apenas os descontos obrigatórios do imposto de renda e da contribuição previdenciária.

Parágrafo único. Havendo decisão específica ou acordo expresso, podem ser excluídas da base de cálculo verbas de natureza indenizatória que eventualmente componham a remuneração do alimentante, sendo vedada a sua exclusão fora daquelas hipóteses.

¹³⁰³ Percentual sobre a remuneração ou salário mínimo.

¹³⁰⁴ Remuneração, pro labore, benefício previdenciário etc.

¹³⁰⁵ Art. 1.710. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido.

Art. 1.201. Guardadas as peculiaridades de cada caso, recomenda-se evitar a celebração de acordos estabelecendo prestações *in natura*¹³⁰⁶, pois tais encargos ensejam inúmeras dificuldades em caso de execução pelo rito da prisão, especialmente quanto à liquidez, comprometendo a sua eficácia executiva.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, recomenda-se somar o valor correspondente às prestações *in natura* no montante fixado em pecúnia, garantindo uma quantia suficiente para o custeio das referidas necessidades.

Art. 1.202. Inexistindo provas seguras a respeito dos ganhos reais do alimentante, doutrina e jurisprudência admitem a aplicação da teoria da aparência na fixação da obrigação alimentar, aferindo as possibilidades financeiras da realidade objetivamente percebida dos elementos que constituem o seu perfil socioeconômico¹³⁰⁷.

§ 1º A teoria da aparência pode ser aplicada inclusive nos casos em que a renda formal comprovada pelo alimentante for incompatível com o elevado padrão de vida por ele ostentado, hipótese em que poderá ter havido simulação de renda.

§ 2º Para a aferição do verdadeiro perfil socioeconômico do alimentante, admite-se a expedição de ofícios para a Receita Federal (INFOJUD), Banco Central do Brasil (BACENJUD), DETRAN (RENAJUD) e outros órgãos, a fim de verificar a extensão do seu patrimônio ou de suas movimentações bancárias.

Art. 1.203. A obrigação alimentar entre pais e filhos menores decorre do dever de sustento inerente ao poder familiar, possuindo um conteúdo jurídico específico e de maior relevância em relação à regra geral disposta no art. 1.694 do CCB, que disciplina o dever alimentar genérico, como obrigação recíproca entre os demais parentes, cônjuges e companheiros.

§ 1º A obrigação fundada no dever de sustento acarreta a presunção legal de necessidade alimentar dos filhos de serem amparados durante a menoridade, independentemente de sua condição econômica ou a de seus pais.

§ 2º O entendimento está consolidado em sede doutrinária e jurisprudencial, defluindo de uma interpretação sistemática conferida aos arts. 1.630, 1.634, I, 1.566, IV e 703, todos do CCB, e ainda ao art. 22 do ECA, dispositivos que concretizam, em sede legal, o comando constitucional inserto no art. 229 da CR/88.

Art. 1.204. A despeito da presunção legal de necessidade alimentar dos filhos menores, recomenda-se especificar na petição inicial a natureza e a extensão das suas despesas, ainda que de forma exemplificativa ou referencial, pois elas servirão como parâmetro para a fixação do valor final dos alimentos, nos limites das possibilidades financeiras do alimentante.

Art. 1.205. A especificação das possibilidades financeiras do representante legal do alimentando afigura-se relevante para a quantificação dos alimentos, considerando que os pais devem concorrer para a manutenção dos filhos na proporção dos ganhos de cada um, respeitando-se o princípio da proporcionalidade e vedando-se a transferência integral do dever de sustento a apenas um deles.

¹³⁰⁶ Mensalidade ou material escolar, plano de saúde, vestuário, lazer, etc.

¹³⁰⁷ TJMG, Apelação Cível nº 1.0431.10.002832-0, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 02/05/2013. Data de Publicação: 08/05/2013.



§ 1º Havendo uma notória disparidade econômica entre os genitores, este fato deverá ser explorado com a devida atenção, tanto na petição inicial quanto na contestação.

§ 2º A disparidade econômica geralmente pode ser aferida pela simples análise da profissão ou do nível de escolaridade de cada genitor, aplicando-se ao raciocínio o que ordinariamente acontece na realidade social.

Art. 1.206. Admite-se a cumulação da pretensão alimentar com aquelas relacionadas à guarda e/ou à regulamentação do direito de convivência familiar, desde que a demanda observe o procedimento ordinário, nos termos do art. 292, §2º, do CPC.

Art. 1.207. A ação de alimentos pode ser ajuizada amplamente pelos cônjuges ou pelos companheiros, para pleitear o reconhecimento da obrigação alimentar fundada no matrimônio ou na união estável¹³⁰⁸.

§ 1º A utilização da ação de alimentos é admitida independentemente do ajuizamento de ação de separação judicial, divórcio ou declaração de união estável.

§ 2º Havendo necessidade de ajuizamento de ação de alimentos, verificar se a obrigação alimentar já foi discutida nos processos referidos no parágrafo anterior, atentando especialmente para a hipótese de o pretendente haver renunciado aos alimentos, caso em que a pretensão não poderá ser deduzida.

Art. 1.208. A obrigação alimentar entre os cônjuges e os companheiros decorre do dever de mútua assistência derivado do matrimônio ou da união estável, abrangendo a prestação de auxílio material sob a forma de pensão.

§ 1º A assistência recíproca é consagrada pelo CCB como um dos deveres do casamento e da união estável¹³⁰⁹, justificável a partir dos princípios da comunhão plena de vida e da solidariedade familiar.

§ 2º O dever de assistência recíproca possui força bastante para projetar os seus efeitos para além da ruptura do liame matrimonial ou da convivência conjugal, em razão do fundamental princípio da solidariedade familiar.

§ 3º O fenômeno é apelidado pela doutrina de transecicácia do dever de assistência, assegurando ao ex-cônjuge ou ao ex-companheiro necessitado a manutenção do direito aos alimentos, mesmo após o reconhecimento judicial do fim do matrimônio ou da união estável, salvo em hipóteses de extinção do próprio direito subjetivo, como a constituição de uma nova família¹³¹⁰ ou a renúncia expressa da pensão.

Art. 1209. O arbitramento dos alimentos conjugais é marcado pela excepcionalidade, em razão da igualdade constitucional de gêneros, da qual se presume uma autonomia familiar e socioeconômica de cada consorte, subentendendo-se a aptidão de cada um para viabilizar o próprio sustento.

¹³⁰⁸ STJ, REsp. n° 933.355 – SP, Relatora Ministra Nancy Angrighi, Terceira Turma, Publicação em 11/04/2008; TJMG – AI no 1.0017.09.044030-0/001, Rel. Des. Heloisa Combat, publicado em 19/03/2010.

¹³⁰⁹ Art. 1.566, III e 1.724.

¹³¹⁰ Art. 1.708 do Código Civil.

Parágrafo único. Por tal razão, não se cogita de presunção de necessidade alimentar na discussão da obrigação conjugal, devendo aquele pressuposto de fato ser objeto de prova inconteste no curso do processo judicial.

Art. 1.210. Quando devidos, os alimentos conjugais devem ser fixados, em regra, com termo certo, assegurando ao beneficiário tempo hábil para a sua inserção ou recolocação no mercado de trabalho, garantindo-lhe a oportunidade de viabilizar o próprio sustento em condições sociais potencialmente similares às que possuía no período da vida conjugal.

§ 1º O entendimento visa preservar a boa-fé nos relacionamentos familiares findos, impedindo a acomodação do alimentando e o conseqüente enriquecimento sem causa.

§ 2º Classificam-se como alimentos transitórios aqueles fixados nos moldes do caput, vigendo durante tempo certo e previamente estabelecido, extinguindo-se automaticamente pelo advento do termo final, independentemente do ajuizamento de ação de exoneração.

§ 3º Em excepcionais circunstâncias de incapacidade laboral permanente, ou ainda quando se constatar a impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho com remuneração digna, os alimentos serão perenes¹³¹¹.

Art. 1.211. O STJ possui jurisprudência pacificada no sentido de considerar válida e eficaz a renúncia aos alimentos manifestada por ocasião de acordo de separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, hipóteses em que a obrigação alimentar não poderá ser pleiteada ulteriormente.

§ 1º O entendimento é fundamentado no caráter excepcional e transitório dos alimentos conjugais¹³¹², na igualdade constitucional de gêneros e no princípio da boa-fé objetiva.

§ 2º Considerando essas premissas, interpreta-se o art. 1.707 do CCB no sentido de apenas vedar a renúncia quando manifestada na constância da convivência conjugal inerente ao matrimônio ou à união estável¹³¹³.

§ 3º Este entendimento conta com o respaldo da melhor doutrina, citando-se como referência o Enunciado nº 263, aprovado na III Jornada de Direito Civil¹³¹⁴.

Art. 1.212. Segundo entendimento do STJ, a renúncia aos alimentos conjugais deve ser concretizada em ato expresso e inequívoco, não se admitindo renúncia tácita. Por conseguinte, ela não se presume diante de simples inércia quanto ao exercício da pretensão alimentar¹³¹⁵.

¹³¹¹ A situação descrita no parágrafo anterior ocorre com frequência nos casos de ex-cônjuges com idade avançada, que nunca trabalharam fora do ambiente doméstico, com deficiência ou desatualização na formação educacional, que padecem de problemas de saúde que restringem a sua vida produtiva etc.
STJ, REsp nº 1.205.408/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 29/6/2011.

¹³¹² Preponderando assim a autonomia de vontade.

¹³¹³ Exemplicativamente, considera-se inválida a cláusula de renúncia inserida em contrato de união estável, em pactos antenupciais ou em termo escrito lavrado na constância da sociedade conjugal.
STJ, REsp. nº 1.178.233, 4ª Turma, Relator Ministro Raul Araújo, Publicação em 09/12/2014.

¹³¹⁴ “O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da união estável. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família”.

¹³¹⁵ Exemplo: acordo de separação judicial ou de divórcio no qual nada se mencionou a respeito dos alimentos conjugais, caso em que estes poderão ser pleiteados ulteriormente em ação de alimentos.
STJ, REsp. nº 1.073.052, 4ª Turma, Relator Ministro Marco Buzzi, publicação em 02/09/2013



Art. 1.213. É possível o ajuizamento de ação de alimentos pelo ex-cônjuge ou pelo ex-companheiro mesmo após a separação judicial, o divórcio ou a dissolução formal da união estável, desde que não tenha havido renúncia expressa por ocasião das respectivas demandas¹³¹⁶.

§ 1º Na hipótese do caput, ainda que não mais subsista vínculo de direito de família, os alimentos podem ser pleiteados com fulcro na transeficácia do dever de assistência familiar e nos efeitos patrimoniais da entidade familiar, ficando a cargo do interessado demonstrar a existência dos pressupostos fáticos da obrigação alimentar¹³¹⁷.

§ 2º Em sentido contrário ao entendimento mencionado no caput, o STJ editou súmula¹³¹⁸ em matéria previdenciária e, portanto, aplicável apenas em processos desta natureza.

§ 3º Em razão do disposto no caput, encontra-se superada a Súmula nº 379 do STF¹³¹⁹ editada em 1964, ou seja, anteriormente à CR/88 e até mesmo à Lei do Divórcio.

Art. 1.214. A obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes, consoante a regra disposta no art. 1.696 do CCB, está estabelecida em ordem sucessiva, de modo que os mais próximos em grau preferem aos mais distantes, na condição jurídica de alimentantes.

Art. 1.215. À luz da interpretação dos arts. 1.696 e 1.698 do CCB, é pacífico o entendimento segundo o qual a responsabilidade dos avós pelo pagamento de alimentos aos netos é subsidiária e complementar à dos pais, de forma que somente podem ser chamados a responder pela pensão na impossibilidade total ou parcial de um ou de ambos os genitores¹³²⁰.

§ 1º O entendimento evidencia que a obrigação alimentar avoenga é excepcional, pois, além da responsabilidade primeira ser dos pais, os avós apenas podem ser convocados após a comprovação da real impossibilidade, total ou parcial, dos devedores originários.

§ 2º A impossibilidade dos pais em arcar com os alimentos tem sido interpretada de forma ampla, abrangendo, exemplificativamente, as hipóteses de:

- I** – falecimento;
- II** – declaração de ausência;
- III** – desaparecimento injustificado;
- IV** – abandono;
- V** – atraso contumaz evidenciado por múltiplos processos de execução;
- VI** – esgotamento dos meios de cobrança;
- VII** – clara e inequívoca dificuldade financeira.

¹³¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal. **Direito das famílias**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 700-701.

¹³¹⁷ Necessidade/possibilidade.

¹³¹⁸ Súmula 336/STJ: A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.

¹³¹⁹ Súmula 379/STF: No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados posteriormente, verificados os pressupostos legais.

¹³²⁰ STJ, REsp 1.211.314/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/9/2011, DJe 22/9/2011.

§ 3º A melhor condição econômica dos avós não determina a sua condenação aos alimentos, pois a obrigação avoenga é subsidiária, condicionando-se à demonstração concreta da impossibilidade total ou parcial do genitor que os deve em primeiro lugar.

§ 4º A jurisprudência inclina-se para condicionar os alimentos a cargo dos avós à comprovação de que se tentou inutilmente recebê-los do genitor faltoso¹³²¹.

Art. 1.216. A obrigação dos avós pode ser sucessiva, na hipótese de morte ou de ausência declarada do pai, ou complementar, em caso de insuficiência de recursos do genitor para garantir toda a parte que lhe toca do sustento do filho.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, deve-se demonstrar que as necessidades alimentares ultrapassam a quantia que o genitor efetivamente pode pagar, hipótese em que os avós podem ser convocados para assumir eventual diferença.

Art. 1.217. A condenação dos avós ao pagamento de alimentos condiciona-se à existência de possibilidades financeiras, independentemente da comprovação da necessidade alimentar e da impossibilidade do genitor em arcar com tal verba¹³²².

Art. 1.218. O art. 1.698 do CCB permite a convocação processual dos demais co-devedores da obrigação alimentar, caso a ação de alimentos tenha sido ajuizada apenas contra um ou alguns deles.

§ 1º O dispositivo é amplamente invocado nas demandas em que se pleiteiam alimentos contra os avós, viabilizando a convocação daqueles que não foram originariamente inseridos no polo passivo¹³²³.

§ 2º A redação do dispositivo é criticada pela doutrina e pela jurisprudência, pois além de invadir campo dogmático do direito processual civil, não deixa clara a natureza do instituto¹³²⁴, também não elucidando as formas de sua utilização.

Art. 1.219. Parte da doutrina entende que a convocação mencionada no artigo anterior materializa uma modalidade autônoma e especial de intervenção de terceiros dentro do CCB, a qual não se subordina aos requisitos específicos daquelas contempladas no CPC.

§ 1º Por tal modalidade, a intervenção poderia ser deflagrada pelo réu em sede de contestação¹³²⁵, pelo autor em um momento posterior ao ajuizamento da ação¹³²⁶, ou até mesmo pelo Ministério Público, na qualidade de custos legis.

¹³²¹ TJMG, Apelação Cível no 1.0024.13.266228-9, Rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, Data de Julgamento: 03/06/2014, Data de Publicação: 11/06/2014.

¹³²² TJMG, Apelação Cível no 1.0024.13.119674-3, Rel. Des. Armando Freire, Data de Julgamento: 10/03/2015, Data de Publicação: 18/03/2015.

¹³²³ STJ, REsp 658.139/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 13.03.2006.

¹³²⁴ Litisconsórcio ou intervenção de terceiros.

¹³²⁵ O que é mais usual.

¹³²⁶ Caso se convença dessa necessidade posteriormente.



§ 2º Apesar de alguma divergência, a maioria da jurisprudência inclina-se pela admissibilidade do juiz determinar, de ofício, a convocação dos demais avós não incluídos no processo pelo autor na demanda, mitigando o princípio dispositivo¹³²⁷ em prol da mais ampla e completa prestação jurisdicional.

§ 3º Para tanto, sustenta-se que a integração processual de todos os avós co-devedores é providência que corresponde ao interesse de todos os sujeitos do processo, favorecendo:

I – o autor, pela ampliação do leque de obrigados;

II – o réu, pela melhor possibilidade de repartição de uma obrigação que naturalmente é de todos¹³²⁸;

III – a própria jurisdição, pois incrementa a cognição pela ampliação dos limites subjetivos da lide e privilegia a celeridade e a economia processual, evitando o ajuizamento de ações autônomas contra cada avô.

§ 4º Por todas essas razões, entende-se que o juiz está vinculado à convocação dos demais co-obrigados feita pelo réu em sua contestação, pois o uso dessa modalidade de intervenção de terceiros é direito dele¹³²⁹, decorrente também do caráter divisível, jamais solidário, da obrigação alimentar.

Art. 1.220. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que o artigo 1.698 do CCB criou uma hipótese de litisconsórcio passivo necessário¹³³⁰, não podendo o autor ajuizar a demanda sem incluir todos os avós co-obrigados, sob pena de nulidade.

§ 1º O entendimento é reforçado pela natureza divisível da obrigação, bem como pelas considerações expostas no §3º do artigo anterior.

§ 2º Prevalecendo tal entendimento, o juiz poderá naturalmente determinar, de ofício, a citação de todos os co-obrigados.

Art. 1.221. Na hipótese de ajuizamento da ação de alimentos apenas contra um dos avós, deve o defensor público informar o assistido sobre o risco de ver convocados para o processo os demais co-obrigados.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, informar ainda o assistido da probabilidade de não obtenção de pensão suficiente para a satisfação de todas as necessidades alimentares, pois não se pode exigir o valor integral de apenas um co-obrigados, mas apenas a cota-parte que cada alimentante pode prestar, respeitadas as suas possibilidades financeiras.

§ 2º Na hipótese do caput, mencionar na petição inicial que os avós não incluídos já estão cumprindo espontaneamente a sua parte da obrigação alimentar¹³³¹, desde que este fato corresponda efetivamente à realidade sócio-familiar dos envolvidos.

¹³²⁷ Arts. 2º e 128 do CPC.

¹³²⁸ Pois não é solidária, mas divisível.

¹³²⁹ Vide redação do art. 1.698 do CCB.

¹³³⁰ STJ, REsp. nº 958.513, Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe: 01/03/2011.

TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0024.13.403574-0, Rel. Des. Duarte de Paula, Data de Julgamento: 25/09/2014, Data de Publicação: 02/10/2014.

¹³³¹ Garantindo a moradia e as despesas domésticas, por exemplo.

Art. 1.222. Considerando a natureza subsidiária e complementar da obrigação avoenga, não se admite, ordinariamente, o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra os avós, sem que se acione primeiramente o genitor faltoso.

§ 1º O entendimento do caput também decorre da impossibilidade de transmissão automática da obrigação, bem como da inexistência de solidariedade.

§ 2º Tem-se admitido o ajuizamento concomitante da ação de alimentos contra o genitor e seus ascendentes¹³³², desde que se argumente a impossibilidade do primeiro de fornecer pensão no montante necessário, justificando claramente a necessidade de complementação pelos segundos, conforme as suas possibilidades¹³³³.

SEÇÃO V DA ATUAÇÃO NA AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS

Art. 1.223. As decisões judiciais que versam sobre a obrigação alimentar sujeitam-se à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, vigorarão enquanto se mantiverem inalterados os pressupostos de fato da relação jurídica decidida.

§ 1º A qualquer tempo, é possível a alteração do encargo arbitrado, ainda que por sentença definitiva transitada em julgado, uma vez comprovada modificação no trinômio possibilidade-necessidade-proporcionalidade.

§ 2º A despeito da redação do art. 15 da Lei nº 5.478/68, não corresponde à melhor técnica a afirmação de que as sentenças que decidem a obrigação alimentar não estão sujeitas à coisa julgada, pois o instituto prevalece em relação aos fatos que compuseram o objeto da demanda, os quais não poderão ser rediscutidos ou utilizados como fundamentos de uma nova ação.

Art. 1.224. Para o acolhimento da pretensão revisional de alimentos, imperioso se faz demonstrar, de forma clara e inequívoca, uma alteração nos pressupostos de fato que nortearam a quantificação da obrigação vigente, com repercussão nas possibilidades financeiras do alimentante e/ou nas necessidades do beneficiário.

Parágrafo único. Para a perfeita subsunção aos requisitos legais da revisão alimentar, a alteração deve ocorrer num momento posterior ao arbitramento dos alimentos, sem o que não se justifica a revisão por não se tratar de fato novo¹³³⁴.

Art. 1.225. Na elaboração da petição inicial visando à diminuição do encargo, recomenda-se inserir na argumentação informações específicas sobre a realidade econômica do alimentante na época em que os alimentos foram fixados, demonstrando objetivamente de que maneira ela se diferenciaria da atual, supostamente pior.

§ 1º Caso o fundamento envolva o aumento das despesas do alimentante, ou seja, diminuição em suas possibilidades financeiras, especifíca-las objetivamente na petição inicial, justificando a sua inexistência quando da fixação dos alimentos.

¹³³² Avós do autor.

¹³³³ STJ, REsp 373.004/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJU de 07.05.2007.

¹³³⁴ Entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado à luz das expressões “sobrevier mudança”, contida no art. 1.699 do Código Civil, e “modificação da situação financeira”, disposta no art. 15 da Lei de Alimentos.



§ 2º Ao construir a argumentação referida no parágrafo anterior, privilegiar a especificação de despesas consideradas essenciais, como as relacionadas à moradia¹³³⁵, saúde¹³³⁶, sustento de outros filhos¹³³⁷, dívidas contraídas para viabilizar a própria manutenção ou a de sua família, dentre outras.

§ 3º Evitar inserir na argumentação despesas consideradas supérfluas quando confrontadas com a essencialidade da obrigação alimentar, como as referentes a financiamentos de veículos automotores ou encargos relacionados à sua conservação¹³³⁸.

§ 4º Os comprovantes de inserção do nome em cadastros restritivos de crédito constituem documentos úteis à comprovação das dificuldades financeiras do alimentante, embora devam ser contextualizados com os demais fatos e elementos de prova.

Art. 1.226. Na elaboração de contestação, verificar se os fatos apresentados na petição inicial – tais como a constituição de família, o nascimento de outros filhos ou a situação de desemprego – já existiam quando da fixação dos alimentos, hipótese em que não poderão ser utilizados como argumentos destinados à revisão, pois, tratando-se de eventos antigos, presume-se que já foram sopesados na quantificação da obrigação atual.

Art. 1.227. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que constituição de nova família, mesmo com o nascimento de outros filhos, não implica, por si só, a redução do encargo alimentício, tornando-se indispensável a contextualização desses fatos com os pressupostos da revisão alimentar, não se dispensando uma análise cuidadosa da atual situação econômica do alimentante¹³³⁹.

§ 1º A impossibilidade de redução automática decorre basicamente do entendimento de que o alimentando não pode ser prejudicado pelas escolhas afetas ao planejamento familiar do alimentante, presumindo-se ainda que todo planejamento se faz acompanhar do correspondente lastro financeiro. Por conseguinte, se o alimentante optou por ter outros filhos, é de se presumir que possua condições econômicas para sustentá-los, sem prejuízo da prole já existente.

§ 2º Apesar das restrições aduzidas no caput, é de grande relevância prática a especificação da existência de (outros) filhos menores, ainda que este fato não se qualifique como novo, contribuindo-se desta forma para a melhor contextualização da atual situação econômica do alimentante.

Art. 1.228. Deve-se atentar para o fato de que a constituição de nova família, com ou sem a sobrevivência de filhos, pressupõe a existência de integrante no núcleo familiar que, a princípio, reúne plena capacidade laborativa e compartilha as despesas comuns.

¹³³⁵ Aluguel, condomínio ou prestação de financiamento imobiliário.

¹³³⁶ Plano de saúde ou encargos com tratamento.

¹³³⁷ Inclusive eventual pagamento de outras pensões.

¹³³⁸ Tributos, seguro, combustível, manutenção etc.

¹³³⁹ STJ – REsp. n.º 1.027.930/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, publicado em 16/03/2009.

Parágrafo único. Em qualquer demanda, torna-se útil perquirir a condição financeira do cônjuge ou do companheiro do alimentante, tendo em vista a presunção de compartilhamento de gastos familiares.

Art. 1.229. A simples e genérica alegação de desemprego, deduzida sem maiores evidências de redução concreta de possibilidades financeiras, não é motivo bastante para ensejar a revisão da obrigação alimentar, mesmo porque a ausência de emprego não significa ausência de trabalho, tão pouco de capacidade para obter renda¹³⁴⁰.

Art. 1.230. Excepcionalmente, a melhor doutrina admite a revisão desvinculada da narrativa de fatos novos, quando se verifica claramente um desequilíbrio originário na quantificação da obrigação, que desde o nascedouro foi arbitrada em desrespeito aos pressupostos legais, vale dizer, proporcionalidade entre as possibilidades financeiras de quem presta e as necessidades de quem recebe.

§ 1º A situação excepcional do caput, que poderia ser apelidada de desproporcionalidade originária, autorizaria a revisão como forma de resgatar o almejado equilíbrio na relação jurídica alimentar, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, eticidade, solidariedade, proporcionalidade e justiça.

§ 2º O raciocínio é naturalmente construído a partir da admissão de uma discussão ética no processo de interpretação e de aplicação das normas jurídicas, diálogo inerente ao atual paradigma pós-positivista. É que não se afigura justo ou razoável aprisionar alguém em um vínculo alimentar comprovadamente desproporcional à sua condição econômica.

§ 3º O entendimento também pode ser sustentado a partir da visão de que a coisa julgada não pode ser utilizada como instrumento para eternizar desequilíbrios ou injustiças, máxime quando a decisão acobertada vulnera garantias constitucionais.

Art. 1.231. As situações características da desproporcionalidade originária ocorrem com frequência no universo dos assistidos da Defensoria Pública, pessoas geralmente simples e desprovidas de escolaridade, que muitas vezes se obrigam a acordos injustos pelo simples fato de não conseguirem aquilatar os seus elementos básicos, como o valor correto do salário mínimo ou o cálculo do percentual discutido sobre a sua remuneração.

§ 1º Pelas mesmas razões, o consentimento pode ser consequência de uma incapacidade elementar de planejamento financeiro ou familiar.

§ 2º A situação também pode derivar de sentenças condenatórias proferidas contra réus ausentes citados fictamente, ou contra aquele que, embora atendendo à convocação processual, não se fez representar nos autos por advogado ou defensor público, inclusive na celebração de acordos.

Art. 1.232. O STJ possui precedente no sentido de que a obrigação alimentar fixada entre ex-cônjuges pode ser extinta ou revista, independentemente da existência de variações no binômio necessidade/possibilidade, quando demonstrado que o encargo já persistiu por tempo suficiente para que o beneficiário revertesse a condição desfavorável que detinha quando do arbitramento.

¹³⁴⁰ TJMG, Agravo de Instrumento no 1.0024.12.100153-1/001, Relator Des. Peixoto Henriques, julgamento em 10/12/2013.



§ 1º O entendimento se baseia na excepcionalidade e transitoriedade dos alimentos conjugais, bem como na preservação da boa-fé objetiva e na vedação ao enriquecimento sem causa.

§ 2º A orientação não prevalece, naturalmente, quando a obrigação fundou-se na incapacidade laborativa do cônjuge ou na impossibilidade concreta de reinserção no mercado de trabalho, hipótese em que os alimentos serão perenes.

Art. 1.233. A realização de pesquisas em redes sociais virtuais mantidas pelos sujeitos da relação jurídica alimentar pode resultar proveitosa quanto à apreensão da atual realidade econômica da parte, pois permite acessar elementos característicos do seu verdadeiro perfil socioeconômico.

Parágrafo único. Os elementos indicados no caput podem ser utilizados no processo como prova, com fundamento na teoria da aparência.

Art. 1.234. Havendo pluralidade de alimentandos, verificar atentamente se a obrigação que se pretende revisar possui natureza *intuitu familiae*.

Parágrafo único. Considera-se *intuitu familiae* a obrigação alimentar fixada em benefício da prole como um todo ou da entidade familiar em conjunto¹³⁴¹, de maneira global, sem a individualização da fração ou do percentual que toca a cada beneficiário.

Art. 1.235. Se os alimentos estiverem fixados *intuitu familiae*, a revisão ou a exoneração do encargo exige a reunião de todos os beneficiários em litisconsórcio necessário ativo ou passivo, pois o caráter indivisível da obrigação impede modificações pontuais em face de algum beneficiário isoladamente considerado.

§ 1º Falece a qualquer dos alimentandos, isoladamente, legitimidade para celebrar acordos referentes à obrigação *intuitu familiae*, especialmente para aquiescer com reduções no valor dos alimentos.

§ 2º Havendo renúncia ao direito, de forma isolada, por parte de algum beneficiário, o ato apenas produzirá efeitos em relação a ele, mostrando-se ineficaz perante os outros, mantendo-se o mesmo valor da obrigação originária, crescendo-se a parte do renunciante à dos demais¹³⁴².

Art. 1.236. Quando os alimentos são fixados *intuitu familiae* em favor de mais de um beneficiário, e um ou alguns deles já não mais necessitam, a obrigação pode ser modificada, readequando-se o *quantum* à realidade atual dos remanescentes.

§ 1º Observar que a readequação para o novo valor não seguirá uma proporção matemática, ainda que haja a exclusão de um ou alguns beneficiários, pois o vínculo *intuitu familiae* pressupõe a existência de despesas comuns a todos, que não necessariamente serão diminuídas pela simples exclusão de alguém¹³⁴³.

¹³⁴¹ Mulher e filhos, por exemplo.

¹³⁴² Direito de crescer.

¹³⁴³ TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.13.201018-2, Rel. Des. Armando Freire, Data de Julgamento: 02/12/2014, Data de Publicação: 11/12/2014.

§ 2º Vedando-se a redução automática e/ou proporcional, caso se entenda pela necessidade de modificação, impõe-se a formulação de um novo juízo valorativo acerca dos pressupostos objetivos da quantificação dos alimentos, tendo em mente as necessidades atuais dos remanescentes e as possibilidades do alimentante¹³⁴⁴.

§ 3º Poderá ser reconhecido o direito de crescer em benefício dos alimentandos remanescentes, pois as despesas destes podem já estar absorvidas pelo valor atual da obrigação¹³⁴⁵.

Art. 1.237. Havendo alimentandos maiores e menores de idade, e desejando-se a extinção do encargo em relação aos primeiros, a pretensão terá por objeto a exoneração em face destes, devendo ser cumulada com a de revisão em face dos outros.

Parágrafo único. A pretensão revisional deverá estar fundamentada nos pressupostos gerais de cabimento da revisão alimentar, não se dispensando a análise desses requisitos pela simples retirada de algum beneficiário, pois poderá ser reconhecido em favor dos demais o direito de crescer.

Art. 1.238. Incumbe ao autor da ação revisional, nos termos do art. 333, I, do CPC, o ônus de comprovar a mudança na situação financeira de quem supre, nas necessidades de quem recebe ou de afronta ao princípio da proporcionalidade.

Art. 1.239. Na ação revisional de alimentos, o valor da causa deve corresponder a 12 (doze) vezes a diferença entre os alimentos fixados e os pretendidos com a revisão¹³⁴⁶.

Art. 1.240. Apesar da redação do art. 13, §1º, da Lei nº 5.478/68, é inadmissível o ajuizamento de ação revisional autônoma visando a exoneração ou a alteração dos alimentos provisórios, pois, tratando-se de decisão interlocutória, a sua impugnação desafia o manejo do recurso correspondente, qual seja, agravo de instrumento¹³⁴⁷.

Art. 1.241. Em ação revisional de alimentos é admitida a apresentação de reconvenção com pedido em sentido contrário, bem como com pretensão exoneratória da própria obrigação alimentar.

SEÇÃO VI DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS

Art. 1.242. Aplicam-se à ação de exoneração de alimentos as mesmas considerações já declinadas a respeito das hipóteses de cabimento da ação revisional de alimentos, pois as matérias são reguladas pelos mesmos dispositivos legais – art. 1.699 do Código Civil e art. 15 da Lei nº 5.478/68.

¹³⁴⁴ TJMG, Apelação Cível nº 1.0183.06.118276-6/001, Relator Desembargador Ernane Fidélis, publicação em 17/07/2009.

¹³⁴⁵ Nestas hipóteses, pode-se inclusive manter inalterado o valor originário, ou apenas autorizar uma redução discreta. TJMG, Apelação Cível nº 1.0145.09.544069-2, Rel. Des. Roney Oliveira, Data de Julgamento: 01/11/2014, Data de Publicação: 11/11/2014.

¹³⁴⁶ Jurisprudência consolidada à luz de interpretação conferida ao art. 259, VI, do CPC. TJMG, Apelação Cível nº 1.0056.10.011855-5/001, Relator Des. Bitencourt Marcondes, DJe 16/12/2011.

¹³⁴⁷ TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.10.199776-5/001, Relator Des. Wander Marotta, DJe 21/02/2014.



Parágrafo único. Ressalva-se que, para fins exoneratórios, exige-se que o fato novo implique o desaparecimento dos pressupostos de fato da obrigação alimentar.

Art. 1.243. Aplicando-se o art. 259, VI, do CPC, o valor da causa nas ações de exoneração alimentos corresponderá ao resultado da soma de 12 (doze) prestações mensais.

Art. 1.244. Segundo precedente do STJ, a obrigação alimentar fixada entre ex-cônjuges pode ser extinta, via ação de exoneração de alimentos, independentemente da existência de variações no binômio necessidade/possibilidade, quando demonstrado que o encargo já persistiu por tempo suficiente para que o beneficiário revertesse a condição desfavorável que detinha quando do arbitramento¹³⁴⁸.

§ 1º O entendimento se baseia na excepcionalidade e transitoriedade dos alimentos conjugais, bem como na preservação da boa-fé objetiva e na vedação ao enriquecimento sem causa.

§ 2º A orientação não prevalece, naturalmente, quando a obrigação fundou-se na incapacidade laborativa do cônjuge ou na impossibilidade concreta de reinserção no mercado de trabalho, hipótese em que os alimentos serão perenes¹³⁴⁹.

Art. 1.245. Se os alimentos conjugais forem fixados com prazo certo¹³⁵⁰, a extinção da obrigação opera-se com o simples advento do termo, tornando-se desnecessário o ajuizamento de ação de exoneração.

Art. 1.246. A constituição de uma nova entidade familiar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro beneficiário de alimentos implica a extinção da obrigação alimentar, nos termos do art. 1.708 do CCB.

Parágrafo único. A extinção da obrigação exige declaração judicial expressa, não dispensando o ajuizamento de ação de exoneração de alimentos ou a dedução de pedido específico nos próprios autos¹³⁵¹.

Art. 1.247. Encontra-se pacificado na doutrina e na jurisprudência que o simples advento da maioria civil não implica automática extinção da obrigação alimentar, mas transmutação da natureza jurídica dos alimentos que deixam de ser devidos como expressão do poder familiar¹³⁵², e passam a se submeter às regras gerais do parentesco¹³⁵³.

Art. 1.248. Ao vedar a exoneração automática, preocupa-se em resguardar os interesses do alimentando maior de idade, firme no entendimento de que a simples modificação etária, que é puramente formal, não elimina as necessidades concretas de ordem social, econômica ou jurídica, inerentes à própria existência.

¹³⁴⁸ STJ, REsp. n° 1.205.408, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Publicação em 29/06/2011.

¹³⁴⁹ TJMG – Apelação Cível n° 1.0145.11.054748-9/001, Relator Des. Raimundo Messias Júnior, publicado em 06/03/2014.

¹³⁵⁰ Alimentos transitórios.

¹³⁵¹ Interpretação construída em torno da Súmula 358 do STJ, bem como da observância à garantia fundamental do devido processo legal.

¹³⁵² Que carrega consigo uma presunção da necessidade alimentícia.

¹³⁵³ Art. 1.694 do Código Civil.

Art. 1.249. Na esteira da súmula 358 do STJ¹³⁵⁴, o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade pode ser requerido nos próprios autos ou por meio de ajuizamento de ação de exoneração de alimentos.

Parágrafo único. Previamente ao ajuizamento da ação de exoneração de alimentos fundada na maioridade, recomenda-se a tentativa de acordo extrajudicial e posterior homologação em juízo, pois são bastante comuns as hipóteses de filhos maiores e capazes concordarem com o pedido.

Art. 1.250. O conteúdo jurídico da obrigação alimentar em benefício dos filhos não se restringe à garantia de sua sobrevivência, mas se destina a subsidiá-los até a plena formação acadêmico-profissional¹³⁵⁵.

Parágrafo único. Apesar da maioridade, os alimentos podem persistir como forma de resguardar o direito à educação, tratando-se de auxílio fundamental para a realização desse intento.

Art. 1.251. A jurisprudência consolidou-se no sentido de admitir a continuidade da obrigação alimentar após a maioridade, desde que o filho ainda esteja estudando¹³⁵⁶.

§ 1º Considera-se estudo, para os fins alimentares, a matrícula em instituições de ensino fundamental, médio, técnico, superior e preparatório para o ingresso em universidades¹³⁵⁷.

§ 2º A contrario sensu, a obrigação deverá ser extinta caso o beneficiário não esteja efetivamente estudando. Neste caso, presume-se que o filho já disponha de aptidão para viabilizar o próprio sustento, mesmo que ainda não esteja trabalhando.

§ 3º Havendo alguma situação anômala de incapacidade laborativa ou de qualquer outro fato que acarrete dependência econômica, a obrigação poderá perdurar independentemente da comprovação da atividade educacional.

Art. 1.252. Comprovando-se que o filho está estudando, o simples fato de também trabalhar não é motivo suficiente, por si só, para se concluir que dispõe de plena aptidão para o auto-sustento, especialmente se a renda auferida é pequena e insuficiente para a própria manutenção, destinando-se ao complemento da pensão recebida¹³⁵⁸.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, sugere-se argumentar que tanto os alimentos quanto a remuneração, isoladamente considerados, são insuficientes para a garantia do alimentando, razão pela qual se complementam, dando ensejo a uma relação circular que não permite a supressão de um ou outro, sob pena comprometimento da subsistência e da possibilidade de finalização dos estudos.

¹³⁵⁴ Súmula 358/STJ: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

¹³⁵⁵ Finalização do ciclo educacional normal e/ou complementação dos estudos – ensino superior, técnico e preparatório.

¹³⁵⁶ TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.11.012270-2/001, Relator Des. Dárcio Lopardi Mendes, julgamento em 22/11/2012.
TJMG, Apelação Cível nº 1.0313.10.030746-8/001, Relator Desembargador Eduardo Andrade, julgamento em 10/04/2012.

¹³⁵⁷ Cursinhos pré-vestibulares ou preparatórios para o ENEM.

¹³⁵⁸ TJMG, Apelação Cível nº 1.0512.10.005346-5/001, Relatora Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, julgamento em 07/05/2013.
TJRS, Apelação Cível nº 7000.7780893, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgamento em 18/02/2004.



Art. 1.253. A necessidade alimentar do beneficiário na ação de exoneração fundada na maioria é fato impeditivo do direito do autor, cabendo ao réu-alimentando o ônus da prova, a teor do art. 331, II, do CPC¹³⁵⁹.

§ 1º A atribuição do ônus da prova ao requerido também se fundamenta na própria maioria civil, que extingue o poder familiar (art. 1.635, II, do CC) e a consequente presunção legal de necessidade alimentar.

§ 2º A ausência de demonstração das necessidades alimentares pelo réu implicará a extinção da obrigação alimentar.

Art. 1.254. A continuidade da obrigação após a maioria, condicionada à comprovação de estudo, não pode se converter em abuso por parte do beneficiário, sob pena de desvirtuamento da finalidade dos alimentos e de violação aos princípios da boa-fé objetiva e da razoabilidade.

Parágrafo único. A jurisprudência adota como parâmetro referencial, a ser analisado em conjunto com os elementos do caso concreto, a idade limite de 24 (vinte e quatro) anos, adotada por analogia às regras que condicionam a inserção de dependentes na declaração do imposto de renda da pessoa física.

Art. 1.255. Até a prolação da sentença judicial que extingue a obrigação alimentar, são devidas as pensões vencidas e não pagas, ressalvando-se a retroatividade à data da citação do alimentando, nos termos do art. 13, §2º, da Lei de Alimentos.

Parágrafo único. O defensor público deve atentar para o fato de que, independentemente da retroatividade da sentença, as pensões já pagas são irrepetíveis.

SEÇÃO VII DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE OFERTA DE ALIMENTOS

Art. 1.256. Aferir junto ao assistido acerca da necessidade ou não de se ofertar alimentos.

Parágrafo único. Caso o assistido não tenha uma proposta razoável e o representante legal do menor não tenha requerido alimentos, averiguar a plausibilidade jurídica da demanda.

Art. 1.257. Informar de maneira clara ao assistido que não se aplica, na ação de oferta de alimentos, o princípio da correlação, razão pela qual o juiz poderá fixar *quantum* diverso daquele ofertado¹³⁶⁰.

Art. 1.258. Assim como na ação de alimentos, na ação de oferta de alimentos o valor da causa corresponde a 12 (doze) vezes o valor do *quantum* ofertado¹³⁶¹.

Art. 1.259. Na forma do art.292 do CPC, admite-se que, na mesma demanda, sejam cumulados pedidos para ofertar alimentos e para regulamentar o direito de convivência¹³⁶².

¹³⁵⁹ REsp 1198105/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 14/09/2011

¹³⁶⁰ TJMG – Relator: Des.(a) WANDER MAROTTA, Data do Julgamento: 09/06/2003; Data da Publicação: 21/10/2003.

¹³⁶¹ Art. 259, inciso VI, do CPC.

¹³⁶² TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0687.14.005099-2/001. Relator Des.(a) Moreira Diniz. Julgada em 07.05.2015. Publicada em 13.05.2015. / TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.14.102263-2/001. Relator Des.(a) Edilson Fernandes. Julgado em 24/02/0015. Publicado em 06/03/15.

Art. 1.260. Nas demandas em que houver cumulação de pedidos de oferta de alimentos e regulamentação de direito de visitas e convivência, imprescindível que no polo passivo constem como partes o menor e o genitor que impede a visitação.

SEÇÃO VIII DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

SUBSEÇÃO I DA ATUAÇÃO EM FAVOR DO EXEQUENTE

Art. 1.261. A execução da obrigação alimentar pode ser manejada por meio de dois procedimentos distintos, que se diferenciam basicamente pela natureza do crédito, pelo rito e pelos meios executivos postos à disposição do exequente para a efetivação dos seus direitos. São eles:

I – execução pelo rito da prisão: fundamenta-se no art. 733 do CPC, exige a instauração de processo autônomo, limita-se ao crédito alimentar propriamente dito e admite a decretação da prisão civil como meio coercitivo de execução indireta, vedando a penhora de bens;

II – execução pelo rito tradicional da penhora de bens: considerando a divergência de entendimento, tanto pode se fundar no art. 732 do CPC (execução de alimentos em processo autônomo), quanto no art. 475-J do CPC (cumprimento de sentença, fase executiva do processo no qual a obrigação restou definida). Em ambos os casos, destinam-se à cobrança das pensões que perderam a natureza propriamente alimentar.

Art. 1.262. A execução sob ameaça de prisão é amplamente favorável aos interesses do exequente, pois o rito célere e a ameaça de medida coercitiva aumentam exponencialmente as chances de recebimento do crédito.

Art. 1.263. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, o exequente não é obrigado a se valer do procedimento da prisão, ainda que possua direito a tanto, podendo preferir, por conveniência pessoal, apenas a execução pelo rito da penhora.

§ 1º A qualquer tempo, o exequente poderá requerer a conversão da execução fundada no art. 733 do CPC para a execução tradicional por penhora de bens, independentemente de ter sido ou não decretada a prisão.

§ 2º Entretanto, uma vez deflagrada a cobrança pelo procedimento tradicional da penhora de bens, não se admite a sua conversão para o rito da prisão.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, o credor deverá ajuizar uma nova execução em caráter autônomo, observando as restrições dispostas na Súmula 309 do STJ.

§ 4º Em matéria de execução de alimentos, não se costuma admitir o sincretismo de procedimentos ou a superposição de medidas típicas de um ou de outro rito, razão pela qual não se admite a penhora de bens no bojo da execução que se processa pelo rito da prisão, salvo de o credor requerer expressamente a sua conversão para o procedimento tradicional.

§ 5º A vedação do parágrafo anterior destina-se a preservar a natureza da obrigação que ensejou originariamente a cobrança, pois apenas se reveste de natureza propriamente alimentar as pensões que observarem os limites da Súmula 309 do STJ.



Art. 1.264. A execução de alimentos pelo procedimento da prisão restringe-se apenas ao crédito de natureza propriamente alimentar, cuja aferição é disciplinada pela Súmula 309 do STJ¹³⁶³.

Parágrafo único. A Súmula 309 do STJ foi incorporada ao texto do novo CPC no § 7º do art. 528¹³⁶⁴.

Art. 1.265. A interpretação há muito consolidada na jurisprudência é no sentido de reconhecer natureza propriamente alimentar apenas às três últimas já vencidas quando da distribuição, sendo que as demais apresentam conteúdo meramente indenizatório, não podendo ensejar a decretação de prisão civil, medida reservada à dívida essencialmente alimentícia.

Parágrafo único. Os alimentos ditos pretéritos apenas podem ser executados pelo rito tradicional da penhora de bens, adotando o procedimento do cumprimento de sentença ou da execução autônoma fundada no art. 732 do CPC, a depender do entendimento.

Art. 1.266. É de fundamental importância lembrar que a execução pelo rito da prisão não exige o vencimento concomitante de 3 (três) meses, podendo ser ajuizada de imediato, tão logo se verifique o inadimplemento de um único mês.

§ 1º Uma vez ajuizada a execução, não mais se cogita da formulação do raciocínio das 3 (três) últimas pensões, pois as vincendas serão automaticamente incluídas no processo executivo, nos termos da Súmula 309 do STJ.

§ 2º Como consequência, o devedor apenas elide o risco de prisão se pagar não apenas os alimentos correspondentes aos meses especificados na petição inicial, mas todos os que vencerem no curso do procedimento, até a data do pagamento, razão pela qual é irrelevante, para obstruir a prisão, a quitação das 3 (três) últimas pensões vencidas durante o procedimento.

Art. 1.267. Recomenda-se orientar os assistidos a não aguardar muito tempo entre a caracterização do inadimplemento e a solicitação de assistência jurídica à Defensoria Pública, devendo procurar imediatamente a instituição para o ajuizamento da execução pelo procedimento da prisão.

Parágrafo único. A orientação destina-se a evitar a perda da natureza propriamente alimentar das pensões, o que reduz consideravelmente as chances de recebimento, pois os respectivos alimentantes geralmente não dispõem de patrimônio a ser penhorado.

Art. 1.268. A decisão interlocutória que arbitra alimentos provisórios ou provisionais constitui título executivo hábil a lastrear ação de execução de alimentos pelo procedimento da prisão, condicionada a exigibilidade da obrigação à citação do alimentante na respectiva ação de conhecimento¹³⁶⁵.

¹³⁶³ Súmula 309 STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

¹³⁶⁴ Art.528 [...]

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

¹³⁶⁵ Art. 219, caput, do CPC, c/c art. 13, §2º, da Lei de Alimentos.

Parágrafo único. Na forma do disposto no § 1º do art. 531 do novo CPC, a execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados¹³⁶⁶.

Art. 1.269. Na forma do disposto no § 2º do art. 531 do novo CPC, o cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença¹³⁶⁷.

Art. 1.270. Caso o executado possua relação de emprego, recomenda-se privilegiar as tentativas de celebração de acordo de parcelamento, pois tanto as parcelas de um eventual fracionamento quanto as pensões vincendas poderão ser objeto de desconto em folha, atingindo a principal finalidade da execução.

Parágrafo único. Esclarecer ao exequente que a remuneração formal do executado constitui uma garantia importante de recebimento do crédito, bem como que o decreto de prisão fatalmente acarretaria a perda do emprego, em prejuízo do próprio alimentando.

Art. 1.271. Em caso de celebração de acordo de parcelamento, o processo deverá ficar suspenso durante todo o período assinalado, nos termos do art. 792 do CPC¹³⁶⁸.

§ 1º Recomenda-se a inserção de uma cláusula padrão nos acordos de parcelamento em execuções pelo rito da prisão, no sentido de que as parcelas serão devidas sem prejuízo das pensões que se vencerem a partir de então, de modo que o atraso ou o inadimplemento de qualquer prestação, parcela ou pensão vincenda, ensejará o vencimento antecipado da dívida e o prosseguimento da cobrança nos próprios autos, na forma da Súmula 309 do STJ, inclusive com a possibilidade de decretação da prisão civil.

§ 2º Ainda que no acordo de parcelamento celebrado em audiência conste apenas e tão somente a homologação com fulcro no art. 269, III, do CPC, os juízes costumam deferir, nos próprios autos, as providências descritas no parágrafo anterior, razão pela qual elas deverão ser tentadas, em caso de inadimplemento.

§ 3º De acordo com o § 3º do art. 529 do novo CPC, sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse 50% (cinquenta por cento) de seus ganhos líquidos¹³⁶⁹.

Art. 1.272. A celebração de acordo de parcelamento não descaracteriza a natureza propriamente alimentar das pensões, permitindo-se o prosseguimento da cobrança nos próprios autos, em hipótese de inadimplemento, conforme descrito no §1º do artigo anterior¹³⁷⁰.

¹³⁶⁶ Contribuição do Revisor.

¹³⁶⁷ Contribuição do Revisor.

¹³⁶⁸ TJMG, Apelação Cível no 1.0433.10.321036-8, Rel. Des. Belizário de Lacerda, Data de Julgamento: 19/11/2013, Data de Publicação: 22/11/2013.

¹³⁶⁹ Contribuição do Revisor.

¹³⁷⁰ STJ, HC 71527/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 10/04/2007, DJe 28/05/2007. / STJ, RHC 13932/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2003, DJe 12/08/2003.



§ 1º O entendimento prestigia a ratio da Súmula 309 do STJ, pois, considerando que a execução deve ficar suspensa durante o período de parcelamento, não há interrupção de cobrança a ponto de descaracterizar a natureza alimentícia, mesmo porque as pensões vincendas devem ser incorporadas no processo e no acordo.

§ 2º Todavia, tem ganhado força no TJMG, inclusive com precedentes recentes, o entendimento de que a celebração de acordo de parcelamento descaracteriza a natureza alimentar da dívida, diante da perda de urgência, de modo que, em caso de inadimplemento, o montante consolidado deve ser cobrado pelo procedimento da penhora de bens¹³⁷¹.

§ 3º De acordo com o entendimento do parágrafo anterior, havendo interesse na decretação da prisão, o exequente deverá ajuizar uma nova execução autônoma fundada no art. 733 do CPC, observando os limites da Súmula 309 do STJ.

§ 4ª Esta orientação tende a desestimular a celebração de acordos nas execuções pelo rito da prisão, especialmente quando o devedor não possuir patrimônio, diante do desaparecimento da principal garantia de que dispunha o credor, qual seja, a ameaça de prisão.

§ 5º Recomenda-se inserir nos acordos de parcelamento, dentro da cláusula padrão mencionada no §1ª do artigo anterior, a informação de que a execução poderá prosseguir nos próprios autos, sem a perda da natureza alimentar da dívida.

Art. 1.273. Caso o executado permaneça preso durante todo o período assinalado, sem realizar o pagamento integral, o exequente deverá requerer a conversão do procedimento para o rito tradicional da penhora de bens, dando-se início às tentativas de constrição patrimonial¹³⁷².

§ 1º A conversão se faz necessária porque é vedada a decretação de uma nova prisão civil referente à mesma dívida.

§ 2º Caso o assistido informe que o devedor não é titular de bens penhoráveis, pode-se requerer a conversão e a imediata suspensão do processo, na forma do art. 791, III, do CPC, resguardando-se o direito de prosseguir na cobrança, nos limites do prazo prescricional, caso o executado venha a adquirir patrimônio.

§ 3ª Em qualquer caso, deve-se ajuizar imediatamente uma nova execução autônoma pelo procedimento da prisão, tendo por objeto as pensões vencidas após a saída do devedor da prisão.

Art. 1.274. Existem alguns precedentes que autorizam a cobrança das pensões vencidas após a saída do executado do estabelecimento prisional, nos próprios autos em que ele ficou preso durante todo o período, sob pena de ser decretada uma nova prisão.

§ 1º Naturalmente, o novo decreto prisional não poderá abarcar a dívida anterior, mas apenas aquela referente às pensões vencidas após a saída da prisão, calculada na forma da Súmula 309 do STJ.

§ 2º Atentar para a conveniência da adoção de tal procedimento, tendo em vista a possibilidade de alegação de nulidade pela parte contrária.

¹³⁷¹ TJMG, Agravo de Instrumento no 1.0024.12.136674-4, Rel. Des. Moreira Diniz, Data de Julgamento: 27/03/2014, Data de Publicação: 02/04/2014.

¹³⁷² TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0481.02.015817-8/001 Relator Des. Moreira Diniz, julgamento em 21/01/2010.

Art. 1.275. O STJ possui jurisprudência consolidada no sentido de que o acordo extrajudicial referendado pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público pode lastrear execução de alimentos pelo rito da prisão¹³⁷³.

Art. 1.276. Estando a obrigação fixada em percentual sobre a remuneração do devedor, a perda do emprego e conseqüentemente da renda formal produz dificuldades no cálculo das pensões a serem executadas.

§ 1º Na hipótese do caput, doutrina e jurisprudência consolidaram-se no sentido da determinação do valor segundo a última remuneração por ele percebida, antes da perda do emprego, a qual deverá ser adotada como base de cálculo dos alimentos vindouros¹³⁷⁴.

§ 2º O entendimento destina-se a preservar o quantum alimentar, resguardando os interesses do alimentando e impedindo a modificação automática da base de cálculo já fixada em sentença judicial, o que implicaria verdadeira revisão alimentar indireta.

§ 3º Caso o exequente desconheça o valor da última remuneração, recomenda-se iniciar a execução calculando-se sobre o salário mínimo, resguardando-se o direito de cobrar as eventuais diferenças.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, pode-se solicitar a expedição de ofício ao antigo empregador, para que informe ao juízo o valor da última remuneração percebida pelo executado, remetendo inclusive o contracheque.

Art. 1.277. Caso os alimentos estejam fixados *intuitu familiae*, instaura-se um vínculo de solidariedade ativa entre os credores, legitimando qualquer deles, isoladamente, à cobrança da integralidade do valor¹³⁷⁵.

Parágrafo único. A despeito da solidariedade ativa, deve-se privilegiar a formação do litisconsórcio ativo pela presença de todos os beneficiários, permitindo-se uma maior liberdade quanto à celebração de acordos, especialmente os que alterem o valor da própria obrigação alimentar.

Art. 1.278. Ainda perdura na jurisprudência uma divergência de entendimento quanto ao procedimento a ser adotado para a cobrança das pensões que perderam a natureza alimentar, se prevalece o rito do art. 732 do CPC ou a fase do cumprimento de sentença¹³⁷⁶.

Parágrafo único. O entendimento amplamente majoritário do TJMG é favorável à cobrança das prestações aludidas no caput na fase de cumprimento de sentença, uma vez que tal procedimento melhor resguarda os interesses do alimentando.

¹³⁷³ STJ, REsp 1117639/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 20/05/2010, DJe 21/02/2011. / TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0701.14.032795-1, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 26/03/2015, Data de Publicação: 31/03/2015.

¹³⁷⁴ TJMG, Apelação Cível nº 2363711-35.2000.8.13.0000, Relator Des. Carreira Machado, julgamento em 28/02/2012.

¹³⁷⁵ TJMG, Agravo de Instrumento no 1.0024.13.306033-5/001, Relator Desembargador Eduardo Andrade, Julgamento em 04/02/2014.

¹³⁷⁶ Sobre o tema, remetemos o leitor ao disposto nos arts. 528 a 533 e 911 a 913, todos do novo CPC.



Art. 1.279. Deve-se evitar o ajuizamento de execuções pelo rito da penhora, quando o próprio assistido informa que o alimentante não possui bens penhoráveis.

Art. 1.280. Na execução de alimentos pelo procedimento da penhora, certificando o oficial de justiça que não localizou bens, e frustrando-se a tentativa de bloqueio eletrônico de numerário (BACEN-JUD), sugere-se requerer, alternada ou concomitantemente, as seguintes diligências tendentes à descoberta de patrimônio:

I – expedição de ofício ao DETRAN/MG, por meio eletrônico (RENAJUD), para que informe a possível existência de veículos automotores em nome do devedor, fazendo constar, desde logo, o impedimento judicial a atos de disposição dos mesmos, impedimento que deverá se converter, posteriormente, em penhora;

II – expedição de ofício à Caixa Econômica Federal, para que a instituição informe eventual saldo do executado no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), bloqueando-se de imediato as quantias depositadas e convertendo-as posteriormente em penhora;

III – expedição de ofício à Receita Federal, por meio eletrônico (INFOJUD), para que o órgão disponibilize ao juízo as três últimas declarações de imposto de renda do executado.

Art. 1.281. A jurisprudência do STJ entende ser penhorável o saldo que o executado possui em contas vinculadas ao FGTS, especialmente quando já se frustraram as demais tentativas de constrição patrimonial¹³⁷⁷.

Art. 1.282. As restrições atinentes à impenhorabilidade do bem de família não são oponíveis nos processos de execução de alimentos, nos termos do art. 3º, III, da Lei nº 8.009/90.

Parágrafo único. Pela mesma razão, admite-se que a penhora incida sobre a remuneração do devedor¹³⁷⁸, nos termos do art. 649, IV, §2º, do CPC.

Art. 1.283. A pretensão executória prescreve em dois anos contados da data do vencimento da pensão, não correndo o prazo extintivo entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar¹³⁷⁹.

Parágrafo único. Só se cogita de prescrição dois anos após o implemento da maioridade pelos filhos.

SUBSEÇÃO II DA ATUAÇÃO EM FAVOR DO DEVEDOR

Art. 1.284. Na execução ajuizada pelo rito do art. 733 do CPC, o executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias¹³⁸⁰, contado na forma do art. 241 do CPC / art. 231 do novo CPC, pagar ou apresentar justificativa pelo inadimplemento da obrigação.

¹³⁷⁷ STJ, AgRg no RMS 34708/SP – 2011/0119940-3, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento em 11/10/2011, DJe 19/10/2011. / REsp 1083061/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 07/04/2010.

¹³⁷⁸ Não confundir com o simples desconto em folha das pensões vincendas.

¹³⁷⁹ Art. 197, II, c/c 206, §2º, do CCB.

¹³⁸⁰ Seis pelo cômputo dobrado.

§ 1º A justificativa é o meio de defesa posto à disposição do executado para demonstrar as razões pelas quais se tornou inadimplente, visando elidir o risco de decretação da prisão. Também é utilizada para opor exceções materiais, suscitar nulidades processuais ou qualquer outra defesa que o devedor possuir¹³⁸¹.

§ 2º O objetivo fundamental da justificativa é demonstrar o caráter involuntário e escusável do inadimplemento, o que impediria a decretação da prisão civil, nos termos do art. 5º, LXVII, da CR/88.

§ 3º Também deve ser utilizada para formular propostas de pagamento parcelado e/ou requerer a designação de audiência especial de conciliação, instrução e julgamento.

Art. 1.285. Não costumam ser acolhidas as alegações de:

- I – desemprego;
- II – diminuição de renda;
- III – encerramento da atividade comercial ou falência;
- IV – constituição de nova família;
- V – nascimento de outros filhos;
- VI – dívidas acumuladas.

Parágrafo único. Segundo o entendimento amplamente majoritário, as matérias indicadas nos incisos I a VI poderão ser alegadas em sede de ação revisional de alimentos ajuizada a tempo e modo, não possuindo força bastante para justificar o inadimplemento alimentar.

Art. 1.286. Costumam ser acolhidas pela jurisprudência as seguintes escusas:

- I – perda ou diminuição da capacidade laborativa por doença ou acidente, dificultando ou impossibilitando a obtenção de renda;
- II – doenças graves;
- III – internações hospitalares;
- IV – internações para tratamento de dependência química¹³⁸²;
- V – problemas de saúde associados à idade avançada¹³⁸³.

Art. 1.287. Em razão da manifesta excepcionalidade das escusas acolhidas pela jurisprudência, toda a estratégia de defesa deverá estar voltada para a realização de um acordo de parcelamento, fracionando-se o débito em tantas prestações quantas necessárias para o seu adimplemento, sem prejuízo das pensões vincendas.

§ 1º Deve-se requerer expressamente a designação de uma audiência especial de conciliação, para que as partes possam discutir amplamente os termos de uma eventual transação.

¹³⁸¹ TJMG, Agravo de Instrumento no 1.0672.04.129637-3, Rel. Des. Duarte de Paula, Data de Julgamento: 18/06/2014, Data de Publicação: 25/06/2014.

¹³⁸² TJMG – HC 1.0000.11.070218-0/000, Relator Desembargador Oliveira Firmo, publicado em 02/12/2011.

¹³⁸³ TJMG, Agr. Instr. n° 1.0525.08.143856-2/001, Relator Desembargador José Domingues Ferreira Esteves, publicado em 29/05/2009. / TJMG – Apelação Cível n° 1.0529.03.001759-2/001, Relator Desembargador Wander Marotta, publicado em 23/04/2004.



§ 2º A jurisprudência é assente em admitir a designação da audiência descrita no parágrafo anterior, uma vez que não há qualquer incompatibilidade do procedimento especial do art. 733 com o art. 125, IV, ambos do CPC.

Art. 1.288. Atentar para que todos os fatos que de alguma forma dificultaram ou impediram o pagamento sejam alegados expressamente na justificativa, pois podem auxiliar na construção de um acordo mais favorável aos interesses do devedor.

Parágrafo único. Não se pode olvidar que a justificativa deve assentar em questões de fato, que devem ser expostas cuidadosamente no corpo da petição, tentando extrair deles o caráter involuntário e escusável do inadimplemento.

Art. 1.289. Considerando que a justificativa deve assentar em razões de fato, é de fundamental importância a especificação das provas que se pretende produzir, associando à narrativa que foi exposta o direito fundamental à prova.

§ 1º A especificação das provas que se deseja produzir acerca dos fatos expressamente narrados obriga o juiz a designar uma audiência especial de conciliação, instrução e julgamento, sob pena de nulidade processual por cerceamento de defesa.

§ 2º Doutrina e jurisprudência são assentes no sentido de que ao executado deve ser resguardado o direito fundamental à prova de suas alegações, não apenas em razão das garantias constitucionais do devido processo legal, mas também porque o procedimento poderá levá-lo à prisão.

§ 3º Ainda que não se tenha interesse na instrução, a justificativa deverá especificar as provas que se pretende, em tese, realizar, resguardando o direito à sua produção e garantindo a designação da audiência, melhor oportunidade que o executado disporá para negociar um acordo de parcelamento.

Art. 1.290. Sem prejuízo da observância dos artigos anteriores, antes de elaborar a justificativa, sugere-se adotar as seguintes cautelas:

I – verificar se a cobrança respeitou os limites da Súmula 309 do STJ;

II – observar se as pensões cobradas correspondem efetivamente ao valor constante no título executivo, verificando a regularidade dos cálculos;

III – verificar se o executado foi efetivamente citado ou se o mandado foi juntado aos autos, usufruindo de um tempo que pode ser útil ao devedor, permitindo-lhe inclusive juntar dinheiro para o pagamento integral;

IV – tratando-se de alimentos provisórios, certificar a data em que o executado foi citado no respectivo processo de conhecimento, pois a exigibilidade do encargo condiciona-se ao referido ato de comunicação processual;

V – indagar a respeito dos pagamentos efetuados, extraindo cópia dos respectivos comprovantes, bem como se realizou adimplementos sem colher recibo.

Art. 1.291. Em razão da Súmula 309 do STJ, o pagamento parcial do débito alimentar não elide a prisão civil, não impede a sua decretação e não enseja o acolhimento da justificativa apresentada¹³⁸⁴.

¹³⁸⁴ TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.263012-0, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, Data de Julgamento: 11/07/2013, Data de Publicação: 22/07/2013.

Parágrafo único. Orientar o assistido a não deixar de efetuar pagamentos mensais no curso da execução, ainda que de valores parciais ou menores do que as pensões já fixadas, atenuando o crescimento da dívida e transmitindo à parte contrária a sua intenção de não descumprir a obrigação, o que poderá facilitar a obtenção de um acordo de parcelamento.

Art. 1.292. O pagamento do valor nominal constante do mandado de prisão não implica a suspensão da ordem, medida que apenas pode ser deferida diante do adimplemento total das pensões já vencidas no curso do procedimento.

Parágrafo único. Excepcionalmente, alguns juízes autorizam a suspensão da prisão diante do pagamento do valor nominal expresso no mandado, diante da sinalização do executado de que pretende quitar todo o débito, objetivo primeiro da execução. Nesses casos, costuma-se designar uma nova audiência de conciliação ou intimar o executado para complementar o pagamento, sob pena de restauração da prisão.

Art. 1.293. Recomenda-se ao defensor público verificar, previamente à realização da audiência, o entendimento do juiz quanto à possibilidade de decretação da prisão civil na própria audiência, em caso de ausência de acordo e de rejeição expressa da justificativa.

Art. 1.294. Caso a justificativa seja acolhida, o procedimento deverá ser convertido para o da penhora de bens, sendo que o pedido de conversão deverá ser formulado expressamente na peça de defesa.

Art. 1.295. Caso o executado possua emprego fixo, formular na justificativa um pedido expresso de realização dos descontos das pensões vincendas em folha de pagamento, argumentando a desnecessidade de decretação da prisão civil, medida que certamente acarretaria a perda da relação de trabalho, em prejuízo do próprio exequente.

Parágrafo único. Observar que, de acordo com o § 3º do art. 529 do novo CPC, sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse 50% (cinquenta por cento) de seus ganhos líquidos¹³⁸⁵.

Art. 1.296. A jurisprudência é assente no sentido de que o fornecimento de prestações *in natura* pelo alimentante não equivale a pagamento, constituindo mera liberalidade, uma vez que o pagamento apenas se aperfeiçoa pela coincidência exata entre a prestação entregue e aquela correspondente à obrigação¹³⁸⁶.

Art. 1.297. Caso o assistido informe que realizou pagamentos de forma total ou parcial, porém não possui os respectivos comprovantes, adotar os seguintes procedimentos:

I – caso os pagamentos tenham sido realizados por meio de depósitos bancários, solicitar a expedição de ofício judicial ao banco, para que remeta os extratos correspondentes à conta;

¹³⁸⁵ Contribuição do Revisor.

¹³⁸⁶ TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.11.311791-5, Rel. Des. Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 26/08/2014, Data de Publicação: 09/09/2014.



II – caso os pagamentos tenham sido realizados mediante a entrega de quantias em mãos, sem a exigência de recibo, solicitar o depoimento pessoal do alimentando ou de seu representante legal, a ser colhido em audiência especial de conciliação, instrução e julgamento, abrindo-lhe oportunidade para reconhecê-los espontaneamente, em homenagem à boa-fé processual e ao equilíbrio da relação alimentar;

III – na hipótese do inciso anterior, colhido o termo de declaração do assistido, sugere-se ressaltar que se trata de pessoa simples e desprovida de escolaridade, desconhecendo a exigência de regularização formal dos pagamentos;

Parágrafo único. No Direito brasileiro, só se prova o pagamento por meio da apresentação de recibos, tornando-se inadmissível a oitiva de testemunhas. Ainda assim, o procedimento descrito nos incisos anteriores pode ensejar o reconhecimento espontâneo de pagamentos, além de estimular a realização de uma audiência, momento mais conveniente para a obtenção de um acordo de parcelamento.

Art. 1.298. A prisão civil por dívida qualifica-se como medida excepcional, de natureza coercitiva e não punitiva, contemplada na CR/88 em hipótese extremamente restrita, a qual não comporta discricionariedade judicial¹³⁸⁷.

Art. 1.299. A norma constitucional impõe a perquirição das razões do inadimplemento, como condição necessária para a decretação da medida extrema.

Parágrafo único. A prisão civil não se traduz como medida punitiva, mas como técnica processual coercitiva de execução indireta, ou seja, destinada a atuar sobre a vontade do devedor, no sentido de que satisfaça voluntariamente o débito.

Art. 1.300. Em razão da natureza especial da prisão civil, a jurisprudência não tem admitido, salvo pequenas dissidências, o cumprimento da medida em regime distinto do fechado, sob pena de perda de eficácia e frustração de sua finalidade¹³⁸⁸.

§ 1º Existem precedentes que autorizam o regime aberto ou domiciliar, caso o executado padeça de doença grave e não for o caso de se acolher a sua Justificativa¹³⁸⁹.

§ 2º Não obstante o disposto no parágrafo anterior, o novo CPC estabelece, no § 4º do art.528, que a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns¹³⁹⁰.

Art. 1.301. No que se refere ao prazo máximo de decretação da prisão civil, o art. 19, caput, da Lei nº 5.478/68, preceitua lapso de até 60 (sessenta) dias, enquanto o art. 733, §1º, do CPC, autoriza a constrição pelo prazo de 01 (um) a 03 (três) meses¹³⁹¹.

¹³⁸⁷ Preconiza o art. 5º, LXVII, da Carta Política, que “não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia”.

¹³⁸⁸ TJMG, HC 1.0000.14.014670-5, Rel. Des. Armando Freire, Data de Julgamento: 06/05/2014, Data de Publicação: 15/05/2014 / STJ, HC 104.454/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/06/2008, DJe 23/06/2008.

¹³⁸⁹ TJRS, Habeas Corpus nº 70039370317, Relator Des. Rui Portanova, julgado em 09/12/2010. / TJMG, HC no 1.0000.07.458154-7/000, Relator Desembargador SILAS VIEIRA, publicado em 07/09/2007.

¹³⁹⁰ Contribuição do Revisor.

¹³⁹¹ O novo CPC adota o mesmo prazo, *ex vi* §3º do art. 528.

§ 1º A melhor doutrina sustenta que a antinomia é aparente, podendo ser solucionada pela aplicação dos conhecidos critérios de hermenêutica tradicional – hierarquia, especialidade, posterioridade etc. pela supressão

§ 2º Analisando-se a questão pelo método lógico-sistemático de interpretação das leis, destaca-se que, embora o CPC seja posterior à Lei de Alimentos, o caput do art. 19 da Lei 5.478/1968 foi mantido e confirmado por lei posterior ao CPC, qual seja a Lei Federal nº 6.014/1973¹³⁹². Os próprios parágrafos daquele dispositivo tiveram a redação modificada por esse diploma legal, que assim confirmou a vigência e a eficácia do respectivo caput.

§ 3º A prevalência do prazo de 60 (sessenta) dias é também justificada pelo critério da especialidade, pois inequivocamente a Lei de Alimentos é especial em relação ao CPC, por versar especificamente sobre aspectos materiais e processuais da obrigação alimentar¹³⁹³.

Art. 1.302. O defensor público deverá velar pela observância do prazo mais favorável ao executado, utilizando dos meios de impugnação cabíveis¹³⁹⁴ contra a decisão que extrapolar o lapso máximo.

Art. 1.303. A decisão que decreta a prisão civil do executado possui natureza de interlocutória, desafiando a interposição de agravo de instrumento, recurso ordinário de fundamentação livre que permite a devolução de toda a matéria discutida em primeiro grau.

Art. 1.304. Exaurido o prazo para a interposição do agravo de instrumento, pode-se impugnar a decisão por meio de *habeas corpus*, sucedâneo recursal de cognição mais restrita, permitindo apenas a alegação de nulidades ou de questões atinentes à legalidade da prisão.

Art. 1.305. O novo CPC, no §1º do art.528, prevê a possibilidade do juiz determinar o protesto do pronunciamento judicial nos termos do art.517 do mesmo diploma, independentemente da decretação da prisão civil¹³⁹⁵.

Art. 1.306. Caso seja procurado pela família do executado preso, sugere-se adotar as seguintes providências:

I – verificar se existe algum vício processual de natureza grave que acarrete a nulidade do procedimento, oportunidade em que poderá ser impetrado *habeas corpus* com pedido liminar de suspensão da ordem de prisão;

II – calcular o saldo devedor, seguindo os ditames da Súmula 309 do STJ, verificando se os familiares possuem recursos para quitar a integralidade da dívida vencida até aquele momento, bem como se dispõem de meios para levantar a soma;

III – verificar se possuem interesse em celebrar acordo de parcelamento, indagando o valor que podem disponibilizar como entrada e princípio de pagamento;

¹³⁹² Diploma que adaptou o CPC às leis por ele mencionadas.

¹³⁹³ TJMG, HC 1.0000.14.103956-0, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 03/02/2015, Data de Publicação: 10/02/2015 / TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0434.07.010756-1, Rel. Des. Heloisa Combat, Data de Julgamento: 27/11/2014, Data de Publicação: 04/12/2014.

¹³⁹⁴ Agravo de instrumento e *habeas corpus*.

¹³⁹⁵ Contribuição do Revisor.



IV – procurar a parte contrária, na pessoa do seu advogado ou defensor público, indagando do interesse ou da possibilidade de celebrar acordo, argumentando que se o executado permanecer preso durante todo o período assinalado, dificilmente o exequente receberá alguma quantia, especialmente quando não houver patrimônio penhorável;

V – sendo o caso, celebrar acordo de parcelamento instrumentalizando-o por meio de petição assinada pelas partes e pelos representantes processuais, com pedido expresso para que a prisão seja suspensa imediatamente, antes mesmo da homologação da transação.

VI – quando o executado estiver preso, não podendo comparecer para a assinatura do acordo, e atentando para o fato de que o defensor público não possui poderes para transigir, recomenda-se informar na petição que o assistido está sendo representado, naquele específico ato, por seu parente próximo, devendo ser assinalado um prazo para que a transação seja ratificada posteriormente, tão logo deixe o estabelecimento prisional.

Art. 1.307. A única dívida que autoriza a prisão civil é a proveniente de pensões alimentícias com natureza propriamente alimentar (súmula 309 do STJ), vedando-se a inclusão no saldo devedor de qualquer outra prestação de diversa natureza, designadamente de honorários advocatícios¹³⁹⁶.

Art. 1.308. As defesas que cabem ao executado nas execuções que tramitarem pelo procedimento da penhora são todas aquelas comuns aos devedores em geral.

§ 1º Tratando-se de cumprimento de sentença, a defesa ordinária posta à disposição é a impugnação ao cumprimento de sentença do art. 475-J do CPC / art. 523 do novo CPC, cuja admissão condiciona-se à efetivação de penhora no montante integral da dívida, fluindo o prazo a partir da intimação de sua lavratura ou da realização de depósito judicial com aquela finalidade¹³⁹⁷.

§ 2º Tratando-se de execução de alimentos do art. 732 do CPC, permite-se a oposição de embargos do devedor¹³⁹⁸, que não se condicionam à penhora, fluindo o prazo da juntada do mandado de citação, na forma do art. 241 do CPC / art. 231 do novo CPC.

§ 3º Nos dois procedimentos, permite-se a oposição de defesas incidentais como as exceções de pré-executividade.

SEÇÃO IX DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PARENTALIDADE

Art. 1.309. A parentalidade é a relação de parentesco que vincula o genitor aos filhos.

Parágrafo único. Caso seu reconhecimento não seja voluntário, ele deverá ser feito judicialmente.

¹³⁹⁶ TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0145.11.058987-9, Rel. Des. Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 17/09/2013, Data de Publicação: 20/09/2013.

¹³⁹⁷ Sobre o tema, dispõe o art. 525 do novo CPC que, no cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

¹³⁹⁸ Art. 736 do CPC e art.914 e seguintes do novo CPC.

Art. 1.310. A ação de investigação de paternidade / maternidade é uma ação de estado que objetiva a proteção dos direitos dos filhos, designadamente do reconhecimento do estado de filiação, direito personalíssimo e imprescritível.

Parágrafo único. O direito ao reconhecimento do estado de filiação pode ser exercido contra os genitores ou seus herdeiros, sem qualquer restrição¹³⁹⁹.

Art. 1.311. As Ações de investigação de paternidade / maternidade têm como corolário lógico a retificação do registro civil do filho a ser reconhecido e podem ser cumuladas com a ação de alimentos.

Art. 1.312. É possível a fixação de alimentos provisórios em ações de investigação de parentalidade¹⁴⁰⁰.

§ 1º Com o advento da Lei 11.804/08, que possibilita a concessão de alimentos gravídicos¹⁴⁰¹ com fulcro em meros indícios de paternidade, observou-se uma verdadeira mudança de paradigma. Se o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de alimentos para o nascituro, sem o reconhecimento da relação de paternidade, não há razão para negar o mesmo direito à criança que já nasceu.

§ 2º Necessária a interpretação sistemática das normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio. Seria medida ensejadora de verdadeira e inaceitável desigualdade possibilitar alimentos ao nascituro em virtude de meros indícios de paternidade e negá-los à criança já nascida, quando também presentes tais indícios.

Art. 1.313. São legitimados ativos para a propositura da ação de investigação de paternidade / maternidade¹⁴⁰²:

I – filho;

II – pai registral;

III – pai biológico.

Parágrafo único. Sobre a configuração dos polos da relação processual da ação mencionada no caput:

I – a ação poderá ser movida pelo filho contra o pai registral e o pai biológico em litisconsórcio passivo necessário;

II – a ação poderá ser movida pelo filho em litisconsórcio ativo facultativo com o pai biológico;

III – a ação poderá ser movida pelo filho em litisconsórcio ativo facultativo com o pai registral.

¹³⁹⁹ Vide artigos 1.605 e 1.606 do CCB e art. 27 da Lei 8.069/90.

¹⁴⁰⁰ TJMG, Processo n. 1.0702.09.588612-4/001. Relator Des. Silas Vieira. Julgado em 05.11.2009.

¹⁴⁰¹ TJMG. AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL n. 1.0210.09.061222-2/001. Relator Des. Alberto Vilas Boas. Publicado em 25.06.2010.

¹⁴⁰² “Promovida a ação de identificação de parentalidade, quem consta no registro como pai do investigante deve ser citado. O genitor, cujo vínculo do filho está sendo questionado, precisa integrar a lide. Trata-se de litisconsórcio unitário necessário (CPC 47), pois a sentença de procedência irá afastar o vínculo de filiação. A participação do pai registral é indispensável tanto na ação investigatória de paternidade intentada pelo filho como na ação promovida pelo pai biológico que busca ser reconhecido pai de quem foi registrado por outrem. Omitindo o autor o pedido de citação, deverá o magistrado determiná-lo de ofício. A omissão pode ser suprida inclusive no segundo grau, sem necessidade de ser anulado o processo. Basta o retorno do feito à origem para o ato citatório. Quedando-se silente o pai registral, ou ratificando o pedido, voltam os autos à superior instância para julgamento” DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed. São Paulo: RT, 2007. 364 p.



IV – nos casos dos incisos II e III, ao integrar a lide no polo ativo, o pai biológico / registral supre a necessidade de citação e contribui para a celeridade da demanda, já informando sua concordância com o pedido veiculado¹⁴⁰³.

Art. 1.314. As Ações de investigação de paternidade poderão ser *inter vivos* ou *post mortem*:

I – as ações de investigação de paternidade *post mortem* serão movidas em face dos herdeiros do suposto pai¹⁴⁰⁴;

II – se houver pai registral e ele for pessoa falecida, também deverão ser incluídos no pólo passivo da demanda os seus herdeiros;

III – na hipótese de desconhecimento dos herdeiros, os réus incertos e desconhecidos devem ser incluídos no pólo passivo e citados por edital.

Art. 1.315. A ação de investigação de paternidade *post mortem* poderá ser cumulada com ação de petição de herança.

I – o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de petição de herança está previsto no art. 205 do CCB¹⁴⁰⁵;

II – aberta a sucessão na vigência do CCB de 1916, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de petição de herança é de 20 (vinte) anos¹⁴⁰⁶;

III – aberta a sucessão na vigência do CCB atual, em vigor a partir de 2003, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de petição de herança é de 10 (dez) anos, observada a regra do art. 2.028 do CCB¹⁴⁰⁷;

IV – na hipótese de ser reconhecida a paternidade após o falecimento do autor da herança, o prazo prescricional para a habilitação do herdeiro começa a fluir a partir do reconhecimento da paternidade do filho.

Art. 1.316. O reconhecimento da parentalidade poderá ser espontâneo.

Parágrafo único. Em Belo Horizonte, dispensa-se a necessidade de propositura de demanda judicial e é elaborado termo de reconhecimento voluntário, o qual é encaminhado para o CRP – Centro de Reconhecimento de Paternidade do TJMG, que determina que o cartório competente promova as averbações devidas:

I – sem prejuízo do disposto no parágrafo único, poderá ser ajuizada simples ação declaratória de reconhecimento de paternidade;

II – não se pode olvidar que o reconhecimento tardio de paternidade poderá ser feito pelo próprio assistido diretamente no Cartório de Registro Civil, oportunidade em que o defensor público deve verificar a conveniência da medida ante a possibilidade de cobrança de despesas cartorais.

¹⁴⁰³ Não é redundante ressaltar que o que importa é a presença do pai registral e biológico na lide. A posição ocupada na demanda, pólo passivo ou pólo ativo, é questão puramente processual e não interfere no regular desenvolvimento do processo.

¹⁴⁰⁴ TJRS, Apelação Cível nº 70057904062, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014 / TJRS. Apelação Cível Nº 70039598073, Sétima Câmara Cível. Relator Des. Roberto Carvalho Fraga. julgado em 11.05.2011. Publicado no Diário da Justiça em 23.05.2011.

¹⁴⁰⁵ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

¹⁴⁰⁶ TJMG, Apelação Cível nº 1.0479.08.141331-8/001, Rel Des. Wander Marotta, 7ª Câmara Cível, pub. 09/08/2013.

¹⁴⁰⁷ Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Art. 1.317. Na ação negatória de paternidade não basta a prova de ausência de vínculo biológico, devendo-se comprovar a existência de erro e a inexistência de paternidade socioafetiva.

Parágrafo único. O defensor público deve informar o assistido que DNA negativo não significa sucesso da demanda¹⁴⁰⁸.

Art. 1.318. A ação negatória de paternidade não se destina a solucionar dúvidas. Para que ela seja bem sucedida, deve-se apontar e afirmar a existência de erro como motivo determinante para o reconhecimento da paternidade e consequente anulação do registro, nos termos do art. 1.604 do CCB¹⁴⁰⁹.

Art. 1.319. Na ação negatória de paternidade imprescindível deixar clara a inexistência de afetividade entre as partes.

Parágrafo único. Recomenda-se mencionar que o autor não participa da criação, não contribui para o sustento do réu e não mantém convivência com ele.

Art. 1.320. Válido expor que a demanda já revela a inexistência de afetividade.

Parágrafo único. Alegar que a manutenção de uma paternidade falsa e artificial representaria medida violadora da dignidade da pessoa humana. Ademais, não se pode retirar do réu o direito à identidade genética, o direito de conhecer e conviver com seu verdadeiro pai¹⁴¹⁰.

Art. 1.321. A jurisprudência tem admitido a busca do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, que tem por fundamentos a existência de uma relação jurídica de afeto e a posse de estado de filho¹⁴¹¹.

Parágrafo único. O reconhecimento jurídico do vínculo de socioafetividade representa, além da valorização da teoria da aparência às relações de filiação, a consagração efetiva dos fundamentos constitucionais da isonomia, da solidariedade, da dignidade humana e da vedação de qualquer discriminação com relação à origem da filiação.

Art. 1.322. No contexto de amplo reconhecimento da socioafetividade como um valor jurídico, e a consequente mitigação do dogma da filiação puramente biológica, é plenamente defensável e admissível a formalização de dupla maternidade ou paternidade relativamente a uma mesma filiação, fenômeno que se tem denominado por multiparentalidade¹⁴¹².

§ 1º A multiparentalidade tem sido concebida, em essência, como a consagração da afetividade como um valor digno da tutela efetiva do Estado, independentemente da origem da filiação, e como o desdobramento necessário do pleno reconhecimento estatal das relações homoafetivas.

¹⁴⁰⁸ TJMG, Apelação Cível nº 1.0352.08.045969-1/001, Rel Des. Dídimo Inocêncio de Paula, publicada em 22.03.2011.

¹⁴⁰⁹ TJMG, Processo nº 1.0598.05.005248-2/001, Relator Des. Moreira Diniz, publicado em 08.11.2007.

¹⁴¹⁰ TJMG, Processo nº 1.0000.00.252558-2/002, Relator Des. Nepomuceno Silva, publicado em 28.11.2003.

¹⁴¹¹ STJ, RECURSO ESPECIAL nº 1.189.663 – RS (2010/0067046-9), Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/09/2011.

¹⁴¹² STJ, REsp nº 1281093, Relatora Ministra Nancy Andrigli, T3, J. 18/12/2012.



§ 2º A multiparentalidade, costumeiramente, poderá ser invocada em ações de reconhecimento de dupla parentalidade ou em ações de adoção por companheiro homoafetivo.

Art. 1.323. Com fundamento precípua na preservação da dignidade humana, tem-se reconhecido como um direito fundamental a busca do conhecimento da origem genética (ou ascendência biológica), independentemente da prévia consolidação da parentalidade registral ou socioafetiva¹⁴¹³.

§ 1º A busca pela investigação da origem biológica, que se insere no âmbito dos direitos da personalidade, não pressupõe necessariamente a busca pelo reconhecimento do vínculo de filiação, que tem embasamento fático distinto.

§ 2º Considerando-se a distinção entre o direito à filiação e o direito ao conhecimento da origem genética, compreende-se que o reconhecimento deste último não acarreta necessariamente a alteração registral de vínculo de filiação pré-existente ou mesmo a produção de reflexos jurídicos de ordem patrimonial, dada à natureza eminentemente declaratória deste reconhecimento.

§ 3º Uma exemplar demonstração legislativa da fundamentalidade deste direito ao conhecimento da ascendência genética, e de sua clara distinção com o direito à filiação, é o art. 48 da Lei nº 8.069/90¹⁴¹⁴, sendo inquestionável que este conhecimento não implica a desconstituição do vínculo de filiação estabelecido pela adoção ou sequer a constituição de nova parentalidade.

SEÇÃO X DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE GUARDA

Art. 1.324. A guarda é instituto destinado tanto à reinserção de menores em família substituta quanto um instrumento de regulamentação do exercício do poder familiar entre genitores, podendo ser unilateral, alternada ou compartilhada, conforme as exigências do caso concreto.

Art. 1.325. Tradicionalmente adotada como regra entre pais que não compartilham o mesmo lar, a guarda unilateral hodiernamente vem sendo concebida como medida de caráter excepcional, aplicável apenas nas hipóteses em que se verificar a absoluta impossibilidade de seu compartilhamento, notadamente após a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.058/14.

Art. 1.326. Não obstante a impropriedade terminológica do termo, a guarda compartilhada tem por conteúdo o compartilhamento do exercício do poder familiar, cujo conceito não se confunde com a guarda alternada, já que esta induz unicamente a alternância física do menor entre os genitores ou responsáveis legais¹⁴¹⁵.

§ 1º Com semelhante e indesejável impropriedade textual da recém aprovada Lei nº 13.058/14, entende-se majoritariamente que a guarda compartilhada não pressupõe necessariamente a divisão igualitária do tempo de permanência do menor entre os genitores ou responsáveis,

¹⁴¹³ STJ, REsp 833712 / RS Ministra Nancy Andrighi – Data do Julgamento: 17/05/2007.

¹⁴¹⁴ Art. 48 “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica”

¹⁴¹⁵ TJMG, Apelação Cível nº 1.0702.10.078236-7/001, Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira, Data de Julgamento: 04/10/2011.

como se poderia depreender por uma interpretação apressada e literal do texto legal, mas fundamentalmente o compartilhamento dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar ou à condição de guardiões, com a participação equilibrada, ponderada e racional no convívio, nas decisões e nas questões do cotidiano do menor entre os responsáveis.

§ 2º A guarda compartilhada não prescinde da necessidade de definição do local de residência do menor, assim como da quantificação da contribuição alimentar a ser prestada em seu favor, premissas consideradas indispensáveis à garantia de seu melhor interesse, na hipótese de insuperável desentendimento entre os genitores ou responsáveis.

§ 3º O compartilhamento da guarda, segundo a concepção acima delineada, é medida que deve ser a todo instante esclarecida e sugerida às partes envolvidas em qualquer demanda que inclua menores, por viabilizar o mútuo exercício do poder familiar entre os seus titulares ou a mútua responsabilização entre os interessados no exercício do múnus.

§ 4º Segundo entendimento jurisprudencial, a guarda compartilhada, do mesmo modo que as demais modalidades de guarda, não se restringe à figura dos genitores, podendo ser aplicada a outros parentes, nos termos da legislação civil.

§ 5º A guarda alternada, por sua vez, é medida que se sugere seja adotada em caráter excepcional, isto é, apenas nas hipóteses em que não se verificar qualquer prejuízo à preservação da referência familiar ao menor e, por consequência, ao seu bem-estar e melhor interesse.

Art. 1.327. A doutrina e jurisprudência hodiernas têm rechaçado a fixação da guarda que tenha por objetivo a atribuição de garantias e benefícios de natureza unicamente previdenciários ao menor¹⁴¹⁶, por uma compreensão de que tal medida se distancia da primordialidade de mantê-lo sob os cuidados e a responsabilidade, prioritariamente, de seus genitores¹⁴¹⁷.

§ 1º Sob a premissa da inconveniência de fixação da guarda com objetivos eminentemente previdenciários, os fundamentos que justificam a definição de uma guarda devem se voltar para a demonstração do atendimento e preservação do melhor interesse do menor, de maneira que os benefícios previdenciários eventualmente existentes representem simples consequência ou mera circunstância da relação mantida entre o guardião e o menor, sem caracterizar sua principal ou única motivação¹⁴¹⁸.

§ 2º Com relação à guarda pugnada por parentes que não sejam genitores, presume-se consoante aos interesses do menor a demonstração de situação fática consolidada em que este já estabeleça previamente o convívio permanente com o pretendente à guarda, afigurando-se a atribuição de algum benefício de natureza previdenciária a ele mero reflexo deste convívio e da relação de dependência fática pré-consolidada.

Art. 1.328. Nos conflitos de natureza familiar, especialmente os que envolvem o interesse de menores, recomenda-se a utilização de algum suporte técnico multidisciplinar, por se caracterizar instrumento metajurídico de extrema importância para a avaliação das condutas que indiquem a prática de alienação parental.

¹⁴¹⁶ Como, p.ex., aos avós.

¹⁴¹⁷ STJ, REsp 1297881 / MG, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data do Julgamento: 13/05/2014.

¹⁴¹⁸ STJ, REsp 1186086 / RO Relator: Ministro Massami Uyeda, Data do Julgamento: 03/02/2011.



Art. 1.329. Na esteira da consolidada compreensão de que a guarda não é atributo inerente ao poder familiar, mas sim um de seus elementos e funções, importante atentar que é amplamente admissível a atribuição da guarda até em favor de quem não mantenha qualquer relação de parentesco com o menor, mas apenas uma relação de afeto ou afinidade, sempre com base no princípio do seu melhor interesse.

SEÇÃO XI DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

Art. 1.330. A medida de busca e apreensão se atribui tradicionalmente natureza cautelar quando este pedido visar à preservação e à eficácia do pedido principal, como, por exemplo, na hipótese em que não houver prévia definição judicial acerca da guarda de menores.

Art. 1.331. A medida de busca e apreensão se atribui tradicionalmente natureza satisfativa sempre que existir uma guarda pré-estabelecida, seja por prévia decisão judicial ou termo de guarda pré-formalizado extrajudicialmente, de modo que o objeto do pedido se exaure com o retorno do menor à companhia do guardião.

Art. 1.332. Com esteio no princípio da fungibilidade¹⁴¹⁹, pode-se requerer a busca e apreensão no bojo de qualquer ação ordinária, independentemente de sua natureza cautelar ou antecipatória de tutela, por invocação do disposto no § 7º do art. 273 do CPC¹⁴²⁰.

Art. 1.333. Afigura-se de extrema relevância atentar que, ainda que inexistente prévia definição judicial da guarda de um menor, é amplamente viável e recomendável a realização do pedido de busca e apreensão no bojo de uma ação de guarda, desde que referido pedido possa ser embasado cumulativamente em dois critérios:

I – exercício consolidado da guarda de fato pelo interessado;

II – demonstração do efetivo prejuízo aos interesses e bem estar do menor a ruptura repentina da guarda fática provocada pela parte demandada.

SEÇÃO XII DA ATUAÇÃO NA AÇÃO INTERDIÇÃO / CURATELA

Art. 1.334. A curatela é um múnus público atribuído a alguém para a representação dos interesses de pessoa maior de idade, mas que esteja incapacitada, física ou mentalmente, para o exercício independente dos atos da vida civil.

Art. 1.335. Muito embora a juntada na petição inicial de laudo médico que ateste a incapacidade do curatelando seja documento de grande relevância para a demonstração da verossimilhança do direito e da eventual urgência no atendimento do pedido de curatela, a sua ausência não deve representar óbice ao ingresso em juízo, diante da possibilidade de comprovação da incapacidade por prova pericial no curso do processo.

¹⁴¹⁹ TJMG, Agravo de Instrumento 1.0433.02.054901-3/001, Relator(a): Des.(a) Silas Vieira, Data de Julgamento: 25/11/2004.

¹⁴²⁰ Art. 294, parágrafo único, do NCPC – novo regramento da tutela provisória.

Art. 1.336. Em que pese a controvérsia sobre a matéria, considera-se como medida mais conveniente, célere e menos burocrática aos interesses da parte assistida o requerimento da interdição de companheiro mesmo sem o prévio reconhecimento judicial da união estável, desde que existam elementos mínimos que indiquem a configuração desta entidade familiar e que possam ser incidentalmente demonstrados¹⁴²¹.

Art. 1.337. Nas situações de dependência da pessoa por uso patológico de álcool ou quaisquer substâncias entorpecentes em que seja necessário o requerimento judicial de internação compulsória, sugere-se que seja priorizado o entendimento jurisprudencial acerca da desnecessidade da interdição do dependente químico, pelas seguintes razões:

I – pela extrema urgência em se preservar a saúde, a integridade e a vida do dependente químico, que não é compatível com a natural burocracia do processo de curatela;

II – para a preservação da capacidade de autodeterminação do dependente para outros aspectos da vida civil não relacionados com tal dependência, sobretudo pela costumeira e equivocada prática de não definição dos limites e do alcance do decreto de interdição pela autoridade judicial¹⁴²².

Art. 1.338. Podem requerer autonomamente o levantamento da interdição:

I – o Ministério Público;

II – o curador;

III – o próprio interditado.

§ 1º Na hipótese do inciso III, a jurisprudência reconhece ao interditado uma capacidade processual excepcional para pleitear o levantamento sem a necessidade de qualquer representante, por caracterizar solução jurídica consentânea com o pedido por ele formulado, que é o de sustentação do restabelecimento da capacidade civil fática.

§ 2º Recomenda-se fortemente que o ajuizamento do pedido de levantamento da interdição seja precedido do necessário e pleno esclarecimento pelo defensor público à parte interessada sobre as consequências jurídicas deste cancelamento e o possível acarretamento de prejuízos decorrentes do restabelecimento judicial da capacidade civil fática, de que é exemplo prático mais recorrente a perda da condição de titular ou de dependente em determinado benefício legal.

Art. 1.339. A curatela do portador de deficiência física representou uma burocratização do ato de transferência de poderes em relação ao contrato de mandato, na medida em que referida providência pode ser adotada sem a necessidade de invocação do Poder Judiciário, bastando que a pessoa com a deficiência constitua um terceiro como seu procurador/mandatário.

Parágrafo único. Em que pesem às críticas doutrinárias sobre a referida inovação do CCB, a jurisprudência tem admitido a aplicação desta modalidade de curatela, denominando-a por curatela especial por representação ou curatela-mandato, porém sem admitir qualquer possibilidade de decretação da interdição do curatelado ou de declaração de sua incapacidade civil, o que, portanto, não deve ser objeto do pedido¹⁴²³.

¹⁴²¹ TJMG, Apelação Cível nº1.0567.13.007056-6/001, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/11/2014.

¹⁴²² Referida orientação, não obstante chocar-se com o disposto no art. 82 deste **Manual**, foi mantida em razão do caráter democrático da obra.

¹⁴²³ TJMG, Apelação Cível nº 1.0183.08.148740-1/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Andrade, Data de Julgamento: 07/05/2013.



SEÇÃO XIII DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE TUTELA

Art. 1.340. A tutela, assim como a guarda e a adoção, é também um instrumento legal de inserção de menores em família substituta, ressalvando-se que as peculiaridades, aplicabilidade e diferenciações entre tais institutos são devidamente delineadas pelo ECA e pelo CCB.

Art. 1.341. A tutela representa um múnus atribuível a pessoa diversa dos genitores e, diferentemente da curatela, é destinada à proteção e à prestação dos cuidados de pessoas menores de idade e que estejam desprovidos do poder familiar¹⁴²⁴.

Art. 1.342. Muito embora a tutela possa ser atribuída a parentes ou terceiros pelos próprios pais por documento público, particular ou até por instrumento testamentário, as modalidades mais recorrentes de tutela são as tutelas legítima e dativa, ambas decorrentes de nomeação judicial, que são cabíveis nas hipóteses de suspensão ou perda do poder familiar.

Parágrafo único. A tutela é denominada legítima quando atribuída judicialmente a algum parente do menor e dativa quando atribuída a terceiro sem parentesco, seja porque inexistente qualquer parente, seja porque, mesmo existindo, ele não apresenta as devidas condições de exercer o encargo.

Art. 1.343. De acordo com o princípio do melhor interesse do menor, qualquer escala ou ordem legal de prioridade que exista para a nomeação de tutor não é de observância absoluta e deve ser vista apenas como um parâmetro para o julgador, uma vez que devem prevalecer na definição deste múnus os critérios da afetividade, da afinidade e do grau de responsabilidade no seu exercício¹⁴²⁵.

Art. 1.344. Os institutos da tutela e da guarda se diferenciam, eminentemente, pela circunstância de que a aplicação da tutela pressupõe a inexistência ou a suspensão do poder familiar¹⁴²⁶ enquanto a guarda, ao contrário, admite a coexistência desse poder, em face do qual, inclusive, ela pode ser exercida, quando o múnus for atribuído a guardião não genitor.

SEÇÃO XIV DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE ADOÇÃO DE MAIOR DE IDADE

Art. 1.345. A adoção é uma verdadeira filiação civil, já que resulta de ato de vontade e independe de qualquer vínculo biológico.

Parágrafo único. Trata-se de relação de filiação na qual a afetividade gera efeitos civis, devendo ser constituída por sentença, nos termos do art. 1.623, parágrafo único, do CCB.

Art. 1.346. A ação de adoção de pessoa maior será, necessariamente, judicial e deve ser movida junto às varas de família¹⁴²⁷.

¹⁴²⁴ TJMG, Agravo de Instrumento 1.0378.09.028717-8/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Fernandes, Data de Julgamento: 04/08/2009.

¹⁴²⁵ TJMG, Apelação Cível nº 1.0188.97.003784-5/001, Relator(a): Des.(a) Silas Vieira, Data de Julgamento: 13/08/2009.

¹⁴²⁶ Que pode se dar por extinção natural ou por decretação judicial, conforme apontado pelos arts. 1.635 a 1.638 do Código Civil.

¹⁴²⁷ STJ, Resp. nº 703.362 – PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª turma, public. 08/06/2010.

Art. 1.347. Na ação de adoção de pessoa maior há a necessidade de anuência do adotado.

Parágrafo único. Sugere-se a instauração de litisconsórcio ativo entre os adotantes e o adotado, uma vez que tal litisconsórcio já expressa a anuência.

Art. 1.348. Os pais biológicos deverão ser, necessariamente, citados para a demanda.

SEÇÃO XV DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE CONVIVÊNCIA

Art. 1.349. A regulamentação do direito de convivência entre genitores é medida que se aplica, ordinariamente, nas situações em que eles não compartilhem o mesmo lar e como forma de prevenir ou reparar algum conflito relacionado aos filhos menores.

§ 1º A regulamentação de convivência familiar no âmbito judicial pode ser viabilizada tanto por meio de ação autônoma, com este único objeto, quanto associada à discussão de outras questões familiares, como, exemplificativamente:

I – a dissolução de vínculo conjugal;

II – o reconhecimento de união estável;

III – a guarda de menores;

IV – a oferta de alimentos.

§ 2º Na hipótese do inciso IV do parágrafo anterior é relevante atentar que, pela melhor técnica processual, tem-se exigido a inclusão no polo passivo da demanda de regulamentação de convivência, em litisconsórcio com o genitor ou guardião, o beneficiário dos respectivos alimentos, por sua condição de titular de referido direito.

§ 3º Em prestígio à adequada utilização terminológica dos institutos jurídicos, deve ser evitada a utilização da expressão regulamentação de visitas, por não corresponder à melhor denominação para o modelo de mais ampla convivência possível que se deve incentivar e procurar estabelecer entre filhos e genitores, notadamente no presente contexto legislativo de forte estímulo ao exercício compartilhado do poder familiar, por intermédio da guarda compartilhada.

Art. 1.350. Conforme as circunstâncias do caso concreto, sempre atreladas à preservação do melhor interesse do menor, a regulamentação de convivência pode se concretizar mediante o estabelecimento genérico da forma de convívio paterno ou materno-filial¹⁴²⁸ ou mediante a fixação pormenorizada e detalhada do modelo de convivência, com a predeterminação dos dias, horários e da forma de contato entre o menor e o interessado.

§ 1º As opções e sugestões a serem feitas pelo defensor público sobre os modelos de convivência acima referidos devem levar em consideração:

I – o histórico e a intensidade dos conflitos familiares estabelecidos entre os genitores ou responsáveis;

II – a verificação do grau de capacidade de solução autônoma desses conflitos entre eles¹⁴²⁹.

¹⁴²⁸ Convivência livre.

¹⁴²⁹ O que se espera com esta análise é que, a forma de regulamentação eleita pelo Defensor e o assistido seja suficiente para afastar o conflito atual e, principalmente, prevenir conflitos futuros de igual natureza.



§ 2º Atentar para o fato de que a regulamentação de convivência livre, mesmo que realizada no âmbito judicial, não prescinde de nova discussão e regulamentação futura caso um de seus titulares deixe de observá-la e promova algum conflito, diante da manifesta inexecutabilidade judicial desta modalidade de convivência, pela absoluta imprecisão de seus limites e parâmetros.

Art. 1.351. A regulamentação de convivência não se restringe à figura dos genitores, podendo ser aplicada entre parentescos diversos da linha reta ascendente de primeiro grau, cujo fundamento se legitima tanto no atendimento do melhor interesse da pessoa com quem se pretenda estabelecer tal convivência, quanto na preservação e fortalecimento dos laços de afetividade entre elas.

Art. 1.352. O CCB admite expressamente a regulamentação de convivência entre netos e avós, acolhendo o posicionamento já consolidado da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria, que se amparavam, essencialmente, na pressuposta e inquestionável afetividade dessa relação.

Parágrafo único. É possível utilizar o instrumento da regulamentação de convivência para a viabilização ou estreitamento dos vínculos de convivência com pessoas idosas, sempre com fundamento na afetividade que rege as relações familiares e interpessoais, no princípio do melhor interesse do idoso e na proteção e priorização deste segmento socialmente vulnerável¹⁴³⁰.

Art. 1.353. Não obstante o silêncio legislativo tem-se admitido a regulamentação de convivência entre pessoas que não mantêm entre si qualquer relação de parentesco, o que tem por fundamentos precípuos a dignidade humana, a solidariedade e a afetividade como valores jurídicos fundamentais, igualmente dignos de reconhecimento e ampla tutela estatal¹⁴³¹.

SEÇÃO XVI DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE PARTILHA

Art. 1.354. Na forma do art.292 do CPC / art. 327 do novo CPC, recomenda-se que nas ações de divórcio e nas ações de reconhecimento e dissolução de união estável seja cumulado pedido para partilha do patrimônio comum.

Art. 1.355. Enquanto não realizada a partilha, o patrimônio do casal permanece em estado de mancomunhão.

Parágrafo único. Enquanto perdurar o estado de mancomunhão, o juízo competente para analisar a questão será o da vara de família¹⁴³².

Art. 1.356. Após realizada a partilha, com exaurimento do juízo familiar, caso o bem permaneça em condomínio e uma das partes tenha interesse de desconstituir tal situação, a via a ser escolhida é a ação de extinção de condomínio, a ser ajuizada na vara cível com a correta identificação dos bens.

¹⁴³⁰ Lei nº 10.741/03, arts. 2º e 3º.

¹⁴³¹ TJMG, Apelação Cível nº 1.0701.09.266215-7/001, Comarca de Uberaba – Rel.: Des. Barros Levenhagen.

¹⁴³² TJMG, Agravo nº 0263943-24.2010.8.13.0000. Relator Des. José Marcos Vieira. Julgado em 10.11.2010.

Art. 1.357. Em geral, os bens dos assistidos da Defensoria Pública são irregulares.

Parágrafo único. Sempre que houver conflito envolvendo bens irregulares, importante fomentar a resolução amigável, já que, muitas vezes, o Poder Judiciário não terá meios para solucionar a questão.

Art. 1.358. Deixar claro para os assistidos que a partilha de bens irregulares, bens em nome de terceiros, bens não quitados ou bens construídos em lote de terceiros poderá não ser bem sucedida.

Art. 1.359. Ao fazer a partilha amigável de bens irregulares, sempre fazer menção a direitos sobre o bem e atribuir obrigações de fazer aos cônjuges / companheiros visando possibilitar eventual execução, na hipótese de descumprimento.

Art. 1.360. Não obstante tratar-se de tema controverso, na hipótese de apenas um dos cônjuges/companheiros usufruir do bem comum, é possível que aquele que está privado do bem exija sua participação nos frutos provenientes do patrimônio do casal ou cobre aluguel do outro formulando, inclusive, pedido de tutela antecipada¹⁴³³.

Art. 1.361. Muitas vezes os assistidos pretendem partilhar bens sobre os quais recaem ônus e encargos, tais como:

I – bens financiados;

II – bens gravados com alienação fiduciária;

III – bens objeto de arrendamento residencial ou mercantil.

Art. 1.362. Bem objeto de arrendamento mercantil ou *leasing* não pode ser objeto de partilha, uma vez que tal bem não integra o patrimônio do casal, enquanto não realizada a opção de compra pelo devedor, com o pagamento do valor residual e aquisição da propriedade¹⁴³⁴.

Parágrafo único. Tendo em vista a natureza híbrida do contrato de arrendamento, a sua execução se assemelha ao contrato de aluguel, por isso as prestações pagas não geram direito à partilha futura antes de seu término e da opção de compra, mas apenas expectativa de direito¹⁴³⁵.

Art. 1.363. Quando se tratar de bem financiado, ainda não quitado:

I – não há como partilhar a integralidade do bem, pois sua aquisição ainda não foi aperfeiçoada, devendo ser objeto de partilha apenas as parcelas pagas durante o casamento/união estável ¹⁴³⁶;

¹⁴³³ TJMG. Apelação Cível 1.0024.11.175137-6/002. Desembargadora Áurea Brasil. Julgado em 22/08/2013. Publicado em 27/08/2013.

¹⁴³⁴ TJMG. Apelação Cível 1.0145.12.024896-1/001, Relator Des. Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em 18/12/2014. Publicado em 21/01/2015.

¹⁴³⁵ TJMG. Apelação Cível 1.0024.09.451314-0/001. Relator Des. Fernando Botelho. Julgado em 27/05/2010. Publicado em 10/08/2010.

¹⁴³⁶ TJMG. Apelação Cível 1.0702.09.613765-9/001. Relator Des. Raimundo Messias Júnior. Julgado em 05.11.2014. Publicado em 21.11.2014.



II – parcelas pagas por apenas um dos cônjuges/companheiros, no período de separação de fato, cabem apenas àquele que as quitou.

Art. 1.364. Bem gravado com cláusula de alienação fiduciária, objeto de financiamento imobiliário ainda não quitado, não pode ser objeto de partilha, pois não integra o patrimônio comum do casal¹⁴³⁷.

I – nesses casos, pode-se incluir cláusula que preveja a quitação anterior da dívida, com posterior partilha do bem ou dos valores decorrentes de sua alienação.

II – eventual acordo obriga apenas os cônjuges/companheiros e não tem efeito perante a instituição financeira credora.

Art. 1.365. Sobre a partilha de acessões e benfeitorias realizadas em lote de terceiros:

I – acessões e benfeitorias em imóvel de terceiro não podem ser objeto de partilha no Juízo de Família¹⁴³⁸ sendo necessária a propositura de ação em via própria, a fim de resolver a questão possessória e a questão de eventual indenização, ex vi art. 1.255 do CCB¹⁴³⁹;

II – em demandas consensuais, observada certa informalidade que predomina nas ações que envolvem o Direito de Família, é possível partilhar acessões e benfeitorias em imóvel de terceiro. Contudo, deve-se deixar claro que se trata de partilha de direitos sobre tais acessões e benfeitorias e de atribuição de obrigações entre o casal, que não vinculam terceiros.

Art. 1.366. Sobre a partilha de acessões e benfeitorias realizadas em bem particular de um dos cônjuges / companheiro:

I – descrever e especificar quais foram as acessões e benfeitorias realizadas, a fim de possibilitar eventual avaliação;

II – juntar provas da existência das acessões e benfeitorias, tais como recibos de aquisição de material de construção e fotos do local.

Art. 1.367. Há julgados que admitem a partilha de indenização trabalhista recebida pelo cônjuge / companheiro, uma vez que referido bem integra a comunhão¹⁴⁴⁰.

Art. 1.368. Sobre a partilha de fundo de comércio, firma individual, quotas ou ações de sociedade empresária:

I – em se tratando de firma individual instituída durante o casamento, tendo em vista que o patrimônio da pessoa jurídica se confunde com o patrimônio da pessoa física, passível a partilha da empresa, de seus eventuais bens e rendimentos, assim como do fundo de comércio constituído¹⁴⁴¹;

¹⁴³⁷ TJMG. Apelação Cível 1.0024.13.180405-6/001. Relator Des. Eduardo Andrade. Julgado em 01.07.2014. Publicado em 11/07/2014.

¹⁴³⁸ TJMG nº 0186978-05.2010.8.13.0000; Relator do Acórdão: Des.(a) AFRÂNIO VILELA; Data do Julgamento: 03/08/2010; Data da Publicação: 25/08/2010.

¹⁴³⁹ Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

¹⁴⁴⁰ TJMG. Apelação Cível 1.0024.10.224587-5/001. Relator: Desembargador Eduardo Andrade. Julgado em 28/10/2014 / TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.11.111891-5/001. Relator Des. Oliveira Firmo. Julgado em 05/02/2013.

¹⁴⁴¹ TJDF. Processo n. 2008 00 2 004837-2 AGI – 0004837-54.2008.807.0000. relator Des. Jesuino Rissato. Julgado em 22.10.2008.

II – tais valores deverão ser apurados durante a instrução do feito ou em fase de liquidação de sentença;

III – em se tratando de firma constituída apenas para prestação de serviços, deixar claro para o assistido que sua demanda poderá não ser bem sucedida, diante da ausência de valor econômico da empresa.

IV – o patrimônio de sociedade limitada ou anônima não se confunde com o patrimônio dos sócios, não podendo ser objeto de partilha¹⁴⁴²;

V – as quotas da sociedade limitada e as ações das sociedades anônimas poderão ser objeto de partilha entre os cônjuges;

VI – questões relativas à dissolução de eventual sociedade empresária mantida pelos cônjuges/companheiros devem ser resolvidas na via adequada, não podendo ser objeto de demanda no juízo de família.

Art. 1.369. Sobre a usucapião familiar, prevista no art. 1.240-A do CCB:

I – permite que o cônjuge/companheiro abandonado possa ter a exclusiva propriedade do bem de família, desde que cumpridos os requisitos legais¹⁴⁴³;

II – não possui aplicação retroativa¹⁴⁴⁴;

III – assim como as demais modalidades de usucapião, exige ação específica no juízo cível. Tecnicamente, tal matéria não pode ser veiculada em Ação de Divórcio/Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável. As exigências específicas são indispensáveis ao processo a fim de que a sentença declaratória seja alcançada e passível de registro junto ao cartório de registro de imóveis competente¹⁴⁴⁵;

IV – há juízes nas varas de família reconhecendo a usucapião familiar em sede de Ação de Divórcio/Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável. Contudo, tal conduta não é técnica e não soluciona a questão, já que a regularização junto ao cartório de registro de imóveis competente exige as formalidades devidas¹⁴⁴⁶.

SEÇÃO XVII DA ATUAÇÃO NA AÇÃO DE SUPRIMENTO JUDICIAL

Art. 1.370. As ações de suprimento judicial são invocáveis, em geral, sempre que a lei outorgar à autoridade judicial o encargo de aferir o cumprimento de algum requisito legal para a prática de determinado ato jurídico ou para dirimir a dissonância de vontades entre dois ou mais titulares de um direito sobre o qual recaia alguma controvérsia.

Publicado no DJ-e em 09.02.2009 / TJRS. Processo 70048844294. Relator Des. Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em 15/08/2012. Publicado em 20/08/2012.

¹⁴⁴² TJMG. Apelação Cível 1.0024.05.642125-8/001. Relatora Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Julgado em 15.02.2011. Publicado em 01.04.2011.

¹⁴⁴³ TJRS – AC nº 70058681693, Relator Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, J. 10/04/2014.

¹⁴⁴⁴ TJMG – AC nº 10702110792182001, Relator Moreira Diniz, 4ª Câmara Cível, J. 11/07/2013 / TJMG – AC nº 10702120351482001, Relator Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, J. 29/04/2014.

¹⁴⁴⁵ TJSP – Conflito de Competência nº 0003683-26.2015.8.26.0000, Relator Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público), Câmara Especial, J.11/05/2015.

¹⁴⁴⁶ TJSC – AC nº 20130655496, Relator Eládio Torret Rocha, 4ª Câmara de Direito Civil Julgado, J. 04/06/2014.



Art. 1.371. Embora aplicáveis a situações fáticas diversas, as ações com pedido de suprimento judicial mais comumente aplicáveis na atuação defensorial do direito de família referem-se aos pedidos de suprimento de idade e suprimento de consentimento para a contração de matrimônio.

Art. 1.372. A despeito do disposto no art. 1.520 do CCB¹⁴⁴⁷, tem-se entendido majoritariamente que o suprimento judicial da idade somente pode ser invocado na única e remanescente hipótese em que a pessoa interessada na contração matrimonial não tenha atingido a idade núbil de 16 (dezesseis) anos, mas esteja grávida, caso em que a autoridade judicial avaliará a conveniência de constituição sacramentada da família pelo casamento.

§ 1º Na esteira da orientação disposta no caput, é prevalente o entendimento de que foi revogada tacitamente a possibilidade de suprimento da idade para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, diante da revogação expressa dos incisos VII e VIII do art. 107 do CP, operada pela Lei nº 11.106/05¹⁴⁴⁸.

§ 2º É bom que se saiba que há tese, minoritária e muito pouco difundida, com o entendimento de que é autoaplicável norma disposta em convenção internacional de que o Brasil é signatário¹⁴⁴⁹, ao dispor que a autoridade competente poderá dispensar a idade mínima por causas justificadas e no interesse dos contratantes. Segundo este entendimento, as exceções constantes no art. 1.520 do CCB não seriam taxativas, mas sim enunciativas, o que daria maior margem de liberdade à autoridade competente para admitir diversas hipóteses de casamento aos menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 1.373. O suprimento judicial do consentimento é normalmente invocado sempre que o responsável não puder ou recusar-se a manifestar seu consentimento para a prática de determinado ato, caso em que a autoridade judicial também avaliará as circunstâncias da vontade não manifestada e a conveniência de seu suprimento, conforme a verificação da justiça ou injustiça desta não manifestação.

Parágrafo único. No que pertine ao casamento, é utilizado o suprimento judicial de consentimento nas situações em que o interessado, ainda menor de idade, já atingiu a idade núbil, porém um de seus representantes legais recusa-se à autorização para o ato ou é ausente, aplicável o disposto no art. 1.631, parágrafo único, do CCB¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁷ Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

¹⁴⁴⁸ TJMG, Apelação Cível nº 1.0451.12.000674-2/001, Relator(a): Des.(a) Versiani Penna, Data de Julgamento: 28/02/2013.

¹⁴⁴⁹ Sobre consentimento para o matrimônio, idade mínima para casamento e registro de casamento, de 1962, da ONU, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 66.605, de 20/05/70.

¹⁴⁵⁰ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Parte Segunda: LIVRO X – Da Atuação na Tutela Coletiva
12.3

TÍTULO III DA ATUAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO

CAPÍTULO I DA APLICAÇÃO DA LEI CIVIL NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Art. 1.374. Observar a data do óbito do *de cuius* para fins de aplicação da lei civil.

§ 1º Quando o falecimento tiver ocorrido até a data de 11/01/2003, aplica-se a Lei 3.071/16 (CC/16).

§ 2º Quando o falecimento tiver ocorrido a partir de 12/01/2003, data em que entrou em vigor a Lei 10.406/12, aplica-se o Código Civil Brasileiro de 2002.

§ 3º A ordem de vocação hereditária estabelecida pela Lei 3.071/16 (CC/16) dispõe que o cônjuge encontra-se na terceira classe para recebimento da herança, não sendo considerado herdeiro necessário, bem como, não concorre com os descendentes, conforme o art. 1.603.

§ 4º Na regulamentação do CCB de 2002, o cônjuge passa a ser considerado herdeiro necessário e concorre com os descendentes nas hipóteses descritas no art. 1.829, a depender do regime de casamento¹⁴⁵¹.

CAPÍTULO II DO FORO COMPETENTE PARA ABERTURA DA SUCESSÃO

SEÇÃO I DA AÇÃO DE INVENTÁRIO, DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA E DE CUMPRIMENTO DE DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE

Art. 1.375. Observar que a competência para o processamento da ação de inventário, declaração de ausência e cumprimento de disposições de última vontade é relativa¹⁴⁵².

Parágrafo único. Não havendo discordância entre os herdeiros, sendo o inventário processado sob o rito de arrolamento, ajuizar a ação na comarca procurada pelo assistido, já que o magistrado não pode declinar de ofício da competência.

SEÇÃO II DA AÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL

Art. 1.376. A ação de alvará judicial está sujeita à regra geral, art. 94 do CPC, sendo a competência relativa, não podendo ser declinada de ofício pelo magistrado¹⁴⁵³.

¹⁴⁵¹ Art.1.845 do CCB.

¹⁴⁵² Art. 96 do CPC.

¹⁴⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Processo nº 2006.008.00414, 2ª Câmara Cível, 27 de setembro de 2006.



SEÇÃO III DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE AUSÊNCIA PARA FINS UNICAMENTE PREVIDENCIÁRIOS

Art. 1.377. Atentar que é da justiça federal a competência para o processamento e julgamento da ação declaratória de ausência, caso o desaparecido não tenha deixado bens a inventariar e o único intuito do assistido seja de fundamentar pedido de benefício previdenciário.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, justificar a negativa de patrocínio na forma do art.74, XIV da LCE n.65/03, uma vez que não há convênio com Defensoria Pública da União na forma do art.14, §1º da LCF n.80/94¹⁴⁵⁴.

CAPÍTULO III DO AUTOR DA HERANÇA

Art. 1.378. Quando da abertura de inventário, analisar a qualificação completa do autor da herança, sendo necessário o preenchimento dos dados e juntada dos documentos do *de cujus*, a saber:

I – nome completo e estado civil, comprovando-se com a certidão de nascimento ou casamento;

II – certidão de óbito: para fins de análise da existência de bens, herdeiros e estado civil;

III – CPF para fins de declaração de ITCD e expedição de certidões negativas tributárias;

IV – certidões negativas federal, estadual e municipal para análise de regularidade fiscal do falecido junto às Fazendas Públicas;

V – certidão de existência ou inexistência de dependentes do autor da herança habilitados junto à Previdência Social para fins de análise de herdeiros e meeiro (a) omitidos na certidão de óbito.

Parágrafo único. A certidão de existência ou inexistência de dependentes é imprescindível para o ajuizamento da ação de alvará judicial.

CAPÍTULO IV DOS HERDEIROS

Art. 1.379. Para análise da qualidade de herdeiro e para o regular processamento da ação de inventário, alvará judicial, declaração de ausência e cumprimento de disposições de última vontade, devem ser observados e juntados os seguintes dados e documentos dos herdeiros:

I – nome completo e estado civil, comprovando-se com a certidão de nascimento ou casamento;

II – registro civil (RG) e CPF, sendo este último imprescindível para fins de declaração de ITCD, bem como para a distribuição das ações no PJE;

III – endereço completo;

IV – assinatura na declaração de hipossuficiência e em procuração com efeitos civis, esta sendo necessária quando apenas um ou alguns dos herdeiros comparecem à Defensoria Pública representando os demais.

¹⁴⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 86809 SP 2007/0137120-3, Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI, Julgamento: 11/09/2007, Órgão Julgador: S 2 – SEGUNDA SEÇÃO, Publicação: DJ 20.09.2007 p. 218 / BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CONFLITO DE COMPETENCIA CC 14737 RJ 1995/0039643-2, Data de publicação: 11/12/1995.

CAPÍTULO V DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE DOS BENS

Art. 1.380. Observar os títulos de propriedade dos bens a fim de instruir a inicial da ação de inventário/arrolamento é fundamental para que o deslinde da questão seja de forma mais ágil e eficiente para o assistido.

Parágrafo único. Faz-se necessária a juntada dos títulos no início da ação com o intuito de verificar se o autor da herança realmente era o proprietário dos bens alegados pelo assistido.

SEÇÃO I DOS BENS IMÓVEIS

Art. 1.381. A certidão dos bens imóveis deverá ser atualizada.

§ 1º Para inventário/arrolamento judicial, certidão atualizada é aquela expedida após o óbito do de cujus, podendo ser com mais de 30 (trinta) dias, desde que dentro do mesmo ano da expedição.

§ 2º Para inventário/arrolamento extrajudicial, certidão atualizada é aquela com menos de 30 (trinta) dias da expedição.

Art. 1.382. O defensor público deverá observar se o bem imóvel está quitado ou se está financiado.

Parágrafo único. Caso esteja financiado, é necessário orientar o assistido a procurar a financeira para verificar a situação e apenas posteriormente, mediante resposta escrita, ajuizar a ação de inventário/arrolamento.

Art. 1.383. Atentar-se que com a morte do contratante, geralmente a seguradora cobre o financiamento referente à parte devida pelo autor da herança.

SEÇÃO II DOS VEÍCULOS

Art. 1.384. É necessária a juntada do Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo (CRLV) do veículo para comprovar a propriedade do bem móvel.

Parágrafo único. Caso o assistido não possua o CRLV, o defensor público deve orientá-lo a procurar o DETRAN para obter uma declaração/certidão de propriedade do veículo¹⁴⁵⁵.

Art. 1.385. O defensor público deverá orientar o assistido a procurar a financeira para verificar sobre o parcelamento do veículo e sobre a existência de seguro prestamista em caso do veículo estar alienado.

Art. 1.386. Para que o veículo¹⁴⁵⁶ conste da declaração de ITCD, o assistido deverá obter junto à financeira cópia do extrato do financiamento.

¹⁴⁵⁵ Em alguns casos, é possível fazer a pesquisa através do site do DETRAN.

¹⁴⁵⁶ Débito e crédito do financiamento.



SEÇÃO III DOS SALDOS BANCÁRIOS

Art. 1.387. É possível o ajuizamento da ação de inventário e alvará judicial sem a juntada prévia do extrato bancário, quando o *de cujus* tiver deixado quantias depositadas.

Art. 1.388. Orienta-se que o defensor público requiera ao magistrado que expeça ofício às instituições financeiras para a obtenção do extrato bancário, na data do óbito, referente aos valores em nome do falecido.

Art. 1.389. O extrato bancário a ser fornecido pela instituição financeira deverá ser na data do óbito para fins de declaração de ITCD.

CAPÍTULO VI DAS REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 1.390. Para a obtenção de certidões atualizadas dos imóveis, certidões negativas municipais, entre outras necessárias ao ajuizamento da ação de inventário, o defensor público poderá requisitá-las às autoridades competentes através de requisições administrativas, cujos modelos constam do SIGED.

CAPÍTULO VII DOS PROCEDIMENTOS

Art. 1.391. Na ação de inventário, observar o rito de arrolamento sumário quando todos os herdeiros forem maiores, capazes e não houver litígio, podendo, inclusive, ser feito extrajudicialmente.

CAPÍTULO VIII DA RENÚNCIA E DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS

Art. 1.392. A herança pode ser objeto de cessão e renúncia através de escritura pública ou por termo nos autos, conforme artigos. 1.793 e 1.806, do CCB¹⁴⁵⁷.

Art. 1.393. Não incide ITCD sobre o ato de renúncia abdicativa, sendo o renunciante considerado como se jamais tivesse existido¹⁴⁵⁸.

Parágrafo único. Ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante.

Art. 1.394. Incide ITCD sobre a renúncia translativa ou cessão de direitos hereditários já que ocorre a aceitação da herança e posterior doação à pessoa certa.

¹⁴⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 431.695, Terceira Turma, j. 21.05.2002, rel. Min. Ari Pargendler.

¹⁴⁵⁸ Art. 1.811, 1ª parte, CCB.

Art. 1.395. Sobre a renúncia da herança:

I – deve ser gratuita;

II – opera-se como cessão pura a simples e em favor dos demais co-herdeiros/monte-mor;

III – não pode ser parcial.

CAPÍTULO IX DA DOAÇÃO DA MEAÇÃO

Art. 1.396. A meação, instituto distinto da herança, não pode ser renunciada nos autos de inventário.

Parágrafo único. O ato adequado para transferir a meação aos herdeiros ocorre através de doação, podendo ser por instrumento particular ou por escritura pública, a depender do montante a ser transferido, sujeito à incidência do ITCD, se a título gratuito ou sujeito à incidência do ITBI, se a título oneroso¹⁴⁵⁹:

I – não dispondo a lei em contrário, deverá ser por escritura pública a transferência de bem imóvel se ultrapassar 30 (trinta) salários mínimos¹⁴⁶⁰;

II – não dispondo a lei em contrário, deverá ser por instrumento particular a transferência de bem imóvel se não ultrapassar 30 (trinta) salários mínimos;

III – no caso de bens móveis, a transferência poderá ser verbal, se incontinenti a tradição¹⁴⁶¹.

CAPÍTULO X DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NAS AÇÕES DE INVENTÁRIO

SEÇÃO I DA CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E DESCENDENTES

Art. 1.397. O cônjuge supérstite é considerado herdeiro necessário, concorrendo na primeira classe com os descendentes, a depender do regime de casamento, conforme artigos 1.845 e 1.829, I do CCB.

§ 1º O cônjuge casado com o autor da herança sob o regime da comunhão universal de bens, não concorre com os descendentes, é apenas meeiro e não herdeiro.

§ 2º O cônjuge casado com o autor da herança sob o regime da separação obrigatória de bens é apenas meeiro, aplicando-se a Súmula 377 do STF, não sendo herdeiro, não havendo concorrência com os descendentes.

§ 3º O cônjuge casado com o autor da herança sob o regime da separação convencional de bens não é meeiro, concorrendo com os descendentes sobre os bens particulares deixados pelo falecido, conforme entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; REsp nº 1.196.992 – Mato Grosso do Sul – 3ª Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ 22.08.2013.

¹⁴⁶⁰ Art. 108 do CCB.

¹⁴⁶¹ Art. 541 do CCB.

¹⁴⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AR 70038425567, Relator: André Luiz Planella Villarinho,



§ 4º O cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens é meeiro sobre os bens adquiridos na constância do casamento, concorrendo na herança com os descendentes, quando o autor da herança tiver deixado bens particulares, havendo concorrência apenas sobre estes bens particulares, já que sobre os bens comuns já há meação, conforme posicionamento da doutrina e jurisprudência dominantes¹⁴⁶³.

Art. 1.398. Sobre a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes na herança, quando aquele for casado com o *de cujus* sob o regime de comunhão parcial de bens, atentar para os seguintes posicionamentos:

I – caso o autor da herança tenha deixado bens particulares, o cônjuge supérstite é meeiro sobre os bens comuns e herdeiro sobre os bens particulares¹⁴⁶⁴;

II – se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge supérstite é meeiro sobre os bens comuns e concorre com os descendentes sobre todo o acervo hereditário, incluindo bens comuns e particulares¹⁴⁶⁵;

III – o cônjuge supérstite é meeiro sobre os bens comuns, sendo herdeiro, em concorrência com os descendentes, apenas se o autor da herança não tiver deixado bens particulares, concorrendo na herança sobre os bens comuns. Essa corrente interpretativa foi concebida pela doutrinadora e ex-desembargadora do TJRS, Maria Berenice Dias, trata-se de uma interpretação invertida;

IV – o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes na sucessão do falecido apenas quanto aos bens particulares que este houver deixado, se existirem¹⁴⁶⁶.

SEÇÃO II DA CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E ASCENDENTES

Art. 1.399. Não havendo descendentes do *de cujus*, analisar a concorrência do cônjuge supérstite com os ascendentes do falecido, de acordo com o art. 1829, II do CCB.

§ 1º Caso os descendentes do *de cujus* renunciem, passar à análise da ordem de vocação da segunda classe, na forma do caput.

Data de Julgamento: 10/06/2011, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis / BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.472.945-RJ, 3ª Turma, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/10/2014 / BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AI 1.0024.09.514308-7/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, 1ª Câmara Cível, Data do julgamento: 13/12/2011.

¹⁴⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.10.199410-1/001, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Eduardo Andrade, j. 26/06/2012, publicação no DJE em 07/12/2012 / BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento Cv: AI 10024120284765002 MG, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 09/05/2013.

¹⁴⁶⁴ Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil.

¹⁴⁶⁵ Acompanhado pelo entendimento da renomada civilista Maria Helena Diniz.

¹⁴⁶⁶ Esse é o entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de recurso que discutiu a interpretação da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil (CC) de 2002. Esta é a posição atual do STJ, que confirma o Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), e pacifica o entendimento entre a Terceira e a Quarta Turma, que julgam matéria dessa natureza. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1368123/SP (2012/0103103-3), RELATOR(A): Min. SIDNEI BENETI – TERCEIRA TURMA, PUBLICADO EMENTA/ACORDÃO EM 08/06/2015.

§ 2º Há necessidade de juntar certidão de óbito dos ascendentes do falecido para comprovar o falecimento deles, e após, prosseguir na análise da ordem de vocação hereditária, chamando o cônjuge supérstite para herdar a totalidade dos bens, independente do regime de casamento, na terceira classe, conforme art. 1829, III do CCB.

SEÇÃO III DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Art. 1.400. O cônjuge supérstite herda a totalidade dos bens deixados pelo falecido no caso de inexistência de descendentes e ascendentes, independente do regime de casamento¹⁴⁶⁷.

CAPÍTULO XI DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Art. 1.401. Quando da morte de herdeiro, anterior à morte do autor da herança, os herdeiros daquele podem sucedê-lo em seus direitos, como se vivo fosse.

§ 1º Somente há direito de representação na linha reta descendente, nunca na ascendente¹⁴⁶⁸.

§ 2º Há direito de representação na linha transversal apenas em favor dos filhos de irmãos falecidos, quando com os tios concorrerem à herança do autor da herança¹⁴⁶⁹.

Art. 1.402. Não há representação de herdeiro renunciante.

Art. 1.403. No caso do herdeiro falecer antes do autor da herança, surgindo assim, para os filhos do pré-morto o direito de representação, observar a necessidade de juntada dos seguintes documentos:

I – certidão de óbito do herdeiro pré-morto;

II – CPF do herdeiro pré-morto, para fins de declaração de ITCD;

III – documentos pessoais dos herdeiros representantes, igualmente necessários para os herdeiros por direito próprio.

CAPÍTULO XII DA DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA E VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NAS AÇÕES DE ALVARÁ JUDICIAL DA LEI 6.858/80

Art. 1.404. A lei 6.858/80 que trata do alvará judicial para levantamento de valores deixados pelo falecido determina que tais quantias sejam destinadas, prioritariamente, aos dependentes do *de cuius*, habilitados junto à Previdência Social.

¹⁴⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70019193853, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 15/08/2007 / BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AI 1.0056.01.013650-7/001, Rel. Des. Heloísa Combat, 7ª Câmara Cível, publicação em 30.11.2006.

¹⁴⁶⁸ Art. 1852 do CCB.

¹⁴⁶⁹ Art. 1853 do CCB.



Art. 1.405. Comprova-se a dependência previdenciária através de certidão de existência de dependentes expedida pela Previdência Social a qual o falecido era vinculado.

Parágrafo único. Caso o falecido não seja vinculado a nenhuma Previdência Social, ainda assim, a certidão de inexistência de dependentes junto ao INSS se faz imprescindível para o ajuizamento da ação de alvará judicial.

Art. 1.406. Comprovando-se que o falecido não deixou dependentes habilitados junto à Previdência Social, passa-se à análise da ordem de vocação hereditária determinada pelo Código Civil, sendo esta análise subsidiária.

SEÇÃO I DO ART. 1º DA LEI 6.858/80

Art. 1.407. A lei 6.858/80 diferencia a natureza dos valores a serem levantados através de alvará judicial, discriminando-os em nos artigos 1º e 2º.

Art. 1.408. Os dependentes previdenciários do falecido poderão levantar as quantias descritas no art. 1º da Lei 6.858/80, independente do montante e não estão vinculadas à inexistência de bens a inventariar, nem às limitações impostas de 500 ORTN que se dirigem apenas ao art. 2º.

SEÇÃO II DAS LIMITAÇÕES AO ART. 2º DA LEI 6.858/80

Art. 1.409. Observar o limite imposto no art. 2º da Lei 6.858/80 para levantamento de saldos bancários, contas de caderneta de poupança e fundos de investimento, já que o falecido não poderá ter deixado bens, e as quantias não podem ultrapassar 500 (quinhentas) ORTN, para que seja ajuizada ação de alvará judicial.

Parágrafo único. Caso contrário, a ação adequada a ser proposta deverá ser a de inventário.

CAPÍTULO XIII DO DIREITO DO COMPANHEIRO À TOTALIDADE DA HERANÇA NA AUSÊNCIA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES

Art. 1.410. O companheiro receberá a totalidade da herança quando o falecido não tiver deixado descendentes nem ascendentes, observando-se o art. 1829, III do CCB, ante a inconstitucionalidade do art. 1790, III do mesmo código¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁷⁰ Trata-se de questão controvertida / BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, AI 994.09.278232-6; Ac. 4374834; Guarulhos, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinski de Arruda, Julg. 11/03/2010, DJESP 13/04/2010 / BRASIL, 2ª Vara de Sucessões e Ausência de Belo Horizonte/MG, ED autos nº 0024.12.346.799-5, Juiz de Direito: Maurício Pinto Ferreira. Publicação: 07/03/2014 / BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI 70020389284, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007 / BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI 70017169335, Oitava Câmara Cível, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 08/03/2007.

CAPÍTULO XIV DA NECESSIDADE DE QUITAÇÃO TRIBUTÁRIA

Art. 1.411. Para o encerramento da ação de inventário e alvará judicial, com a respectiva expedição de formal de partilha, carta de adjudicação ou alvará judicial, imprescindível a juntada das certidões negativas tributárias.

SEÇÃO I DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO

Art. 1.412. Sobre o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCD nas ações de inventário/alvará judicial¹⁴⁷¹:

I – em Minas Gerais, o ITCD está previsto na Lei 14.941/2003 e é disciplinado no RITCD/05, aprovado pelo Decreto nº 43.981/05;

II – é devido no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o espólio, sendo a avaliação realizada pela Secretaria da Receita Estadual;

III – o fato gerador do imposto é a transmissão dos bens, iniciando-se o prazo para pagamento da data do óbito do autor da herança;

IV – há possibilidade de pagamento com desconto, se realizado dentro de 90 dias;

V – realizado o pagamento entre 90 e 180 dias, não haverá desconto, mas também não haverá cobrança de juros, nem multas;

VI – a Receita Estadual realiza o parcelamento do imposto;

VII – a declaração do ITCD é feita através do site: www.fazenda.mg.gov.br;

VIII – a lei que dispõe sobre a matéria prevê isenção do imposto, sendo fundamentada no montante a ser transmitido e não com base na hipossuficiência da parte;

IX – na transmissão *causa mortis*, a legislação prevê três hipóteses de isenção:

a) transmissão de imóvel residencial, urbano ou rural, cujo valor total não ultrapasse 40.000 (quarenta mil) UFEMG'S e seja o único bem imóvel do monte partilhável, desde que o valor total do monte não exceda 48.000 (quarenta e oito mil) UFEMG'S, excetuados roupa e utensílio agrícola de uso manual, bem como móvel e aparelho de uso doméstico que guarneçam a residência familiar, observado o disposto no § 4º do art. 6º do RITCD/05;

b) transmissão de fração ideal de um único imóvel residencial, urbano ou rural, desde que o valor total desse imóvel seja de até 40.000 (quarenta mil) UFEMG'S e o monte partilhável não contenha outro imóvel nem exceda 48.000 (quarenta e oito mil) UFEMG'S, excetuados roupa e utensílio agrícola de uso manual, bem como móvel e aparelho de uso doméstico que guarneçam a residência familiar, observado o disposto no § 4º do art. 6º do RITCD/05;

c) transmissão de roupa e utensílio agrícola de uso manual, bem como de móvel e aparelho de uso doméstico que guarneçam a residência familiar, excluídas obras de arte suscetíveis de declaração à Secretaria da Receita Federal ou acobertadas por contrato de seguro específico.

¹⁴⁷¹ É devido somente em determinados casos.



SEÇÃO II
DAS CERTIDÕES NEGATIVAS

SUBSEÇÃO I
DAS CERTIDÕES NEGATIVAS FEDERAIS E ESTADUAIS

Art. 1.413. A certidão negativa federal poderá ser expedida através do site: www.receita.fazenda.gov.br.

Parágrafo único. Caso o CPF do falecido esteja suspenso ou cancelado, o defensor público deverá encaminhar o assistido à unidade da Secretaria da Receita Federal para regularizar a situação, portando a certidão de óbito, em original.

Art. 1.414. Caso o *de cujus* não tenha sido inscrito no CPF, o defensor público deverá encaminhar o assistido a uma unidade da Secretaria da Receita Federal para que ele obtenha a inscrição do falecido, mesmo após a morte.

Parágrafo único. Para obtenção da inscrição do falecido no CPF, o assistido deverá portar a certidão de óbito, em original, nomeação de inventariante, caso já possua, e documentos pessoais comprovando o grau de parentesco com o autor da herança.

Art. 1.415. A certidão negativa estadual poderá ser expedida através do site: www.fazenda.mg.gov.br.

Parágrafo único. Caso haja alguma pendência, o defensor público deverá encaminhar o assistido à unidade da Secretaria da Receita Estadual para regularizar a situação.

SUBSEÇÃO III
DAS CERTIDÕES NEGATIVAS MUNICIPAIS¹⁴⁷²

Art. 1.416. Para as ações ajuizadas na comarca de Belo Horizonte, cujos imóveis estejam localizados na capital, as certidões municipais: quitação plena pessoa física e quitação tributária/IPTU poderão ser retiradas através do site: www.fazenda.pbh.gov.br/cnd.

Art. 1.417. A certidão negativa tributária/IPTU deverá ser retirada no Município em que está localizado o imóvel, objeto da ação de inventário, ainda que a ação seja ajuizada na capital.

Parágrafo único. Ainda que o imóvel esteja localizado em outro Município, mas se a ação for proposta em Belo Horizonte, além da certidão negativa tributária/IPTU do local do imóvel, também deverá ser juntada certidão de quitação plena pessoa física de Belo Horizonte, retirada no site: www.fazenda.pbh.gov.br/cnd.

CAPÍTULO XV
DO REGISTRO DO TESTAMENTO PÚBLICO

Art. 1.418. Deixando o falecido testamento público, é necessário registrar o testamento, sujeito à apreciação de sua regularidade, para posteriormente ajuizar ação de inventário.

¹⁴⁷² O defensor público deve inteirar-se sobre a possibilidade de retirada *on line* de certidões negativas municipais em seu respectivo órgão de atuação.

Parágrafo único. O registro do testamento público é feito através de ação própria.

CAPÍTULO XVI DA CONFIRMAÇÃO DE TESTAMENTO PARTICULAR

Art. 1.419. Deixando o falecido testamento particular, é necessária a confirmação do testamento, sujeito à apreciação de sua regularidade, para posteriormente ajuizar ação de inventário.

Parágrafo único. A confirmação do testamento particular é feito através de ação própria.



Parte Segunda: LIVRO X – Da Atuação na Tutela Coletiva
12.4

TÍTULO IV DA ATUAÇÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA E TRIBUNAIS SUPERIORES – CÍVEL

CAPÍTULO I DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E TRIBUNAIS SUPERIORES – CÍVEL

SEÇÃO I DO ASSISTIDO

Art. 1.420. O assistido é o destinatário final dos serviços da Defensoria Pública, devendo a ele ser prestado todo cuidado e atenção em sua demanda, esclarecidas suas dúvidas em linguagem comum.

Art. 1.421. Deve o defensor público da DESITIS-CÍVEL, ao iniciar o atendimento do assistido:

§ 1º Sendo o assistido encaminhado pelo órgão de execução de primeira instância:

I – averiguar a regularidade do cadastro do assistido perante a Defensoria Pública;

II – retirar o SISCOM e analisar o andamento processual do feito;

III – informar ao assistido o andamento e a fase processual em que se encontra o processo.

§ 2º Tendo o assistido sido recém-cadastrado na Defensoria Pública, assistido por advogado na primeira instância:

I – averiguar a regularidade do cadastro na Defensoria Pública e a existência dos requisitos para ser assistido pela DPMG, bem como a renúncia do advogado constituído;

II – retirar o SISCOM e analisar o andamento processual do feito;

III – informar ao assistido o andamento e a fase processual em que se encontra o processo.

Art. 1.422. Em momento de interação com o assistido, deve o defensor público apresentar, em linguagem clara e objetiva, quando possível, as possibilidades de êxito ou não do pedido, além de esclarecê-lo a respeito da impossibilidade de previsão de tempo ou de sucesso da ação.

Art. 1.423. O defensor público deve documentar por escrito as decisões tomadas pelos assistidos, em relação a direitos disponíveis.

SEÇÃO II DA CARGA DE PROCESSOS

Art. 1.424. A carga de processos físicos para intimação pessoal dos acórdãos é enviada do TJMG à DESITIS-CÍVEL toda sexta-feira, e distribuída pelo Setor de Distribuição de Processos.

Parágrafo único. Adota-se igual procedimento em relação à intimação pessoal dos acórdãos de processos do PJe.

Art. 1.425. Deve o defensor público, ao receber a carga semanal de processos, conferir os autos recebidos, assinando certidão a ser devolvida ao cartório da DESITS-CÍVEL para arquivo e controle.

Art. 1.426. A devolução dos autos deve ser feita por meio de certidão feita pelo próprio defensor público, na qual deverá constar assinatura do responsável pelo recebimento no cartório da DESITS-CÍVEL.

SEÇÃO III DA TRIAGEM

Art. 1.427. Recebida a carga, sugere-se ao defensor público realizar uma triagem inicial dos processos, de modo a auxiliá-lo a determinar qual recurso ou manifestação será cabível no caso.

Art. 1.428. A triagem tem o escopo de verificar o procedimento a ser adotado pelo defensor público da DESITS-CÍVEL, como, por exemplo:

- I – dar ciência;
- II – manifestar-se por quota;
- III – arguir nulidade por ausência de intimação;
- IV – justificar a ausência de recurso;
- V – interpor recurso cabível.

Art. 1.429. No início da triagem é importante que os seguintes dados sejam identificados em cada processo, com a finalidade de evitar futuros problemas e dúvidas:

- I – número do processo;
- II – ação de origem;
- III – nome do assistido da Defensoria Pública.

Art. 1.430. Identificar o número do processo é importante, pois, em alguns feitos, a existência de mais de um volume pode implicar em diferentes números identificadores.

Parágrafo único. Deve o defensor público analisar os diversos volumes, devendo se manifestar em quantos deles for necessário.

Art. 1.431. Identificar o assistido da Defensoria Pública auxilia na averiguação de existência de conflito de atribuição.

§ 1º Verificada a existência, nos mesmos autos, de mais de um assistido pela Defensoria Pública:

- I – se não existir interesses conflitantes, o defensor público da DESITS-CÍVEL assume a representação dos diversos assistidos, apresentando recurso ou manifestação em nome de todos;



II – existindo interesses conflitantes e não tendo o defensor público se manifestado ainda, a ele compete a assistência da parte sucumbente no feito;

III – existindo interesses conflitantes e tendo o defensor público já se manifestado anteriormente na defesa de um dos assistidos, a ele cabe continuar a presentá-lo, deixando a cargo do defensor público responsável pela câmara subsequente a representação da outra parte.

§ 2º – Se, na hipótese dos incisos II e III, tratar-se de processo eletrônico, deve o defensor público da DESISTS-CÍVEL, antes de se manifestar, comunicar o fato ao cartório para ser atribuída ao defensor público responsável pela Câmara subsequente a representação da parte contrária.

SEÇÃO IV DA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL

Art. 1.432. A leitura de todo o processo pelo defensor público é fundamental para aferir possíveis vícios e nulidades, que devem ser arguidos na primeira oportunidade.

Art. 1.433. Averiguada a existência de nulidade no feito por ausência de intimação pessoal do defensor público, o órgão de execução de segunda instância deve interpor embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes, para que seja declarada a nulidade de todos os atos processuais posteriores à ausência da intimação pessoal¹⁴⁷³.

Parágrafo único. Algumas Câmaras admitem seja tal arguição feita por simples manifestação nos autos.

SEÇÃO V DA JUSTIFICATIVA DE AUSÊNCIA DE RECURSO

Art. 1.434. Cabível a justificativa de ausência de recurso nas seguintes hipóteses:

- I** – o último ato for acórdão que deu provimento ao recurso interposto pela parte assistida;
- II** – o último ato for acórdão que negou provimento ao recurso interposto pela parte contrária;
- III** – o acórdão, apesar contrariar os interesses do assistido, estiver de acordo com orientação sedimentada de tribunal superior;
- IV** – o defensor público não vislumbrar tese que não tenha intuito meramente protelatório.

SEÇÃO VI DA PROTOCOLIZAÇÃO DE PEÇAS

Art. 1.435. As peças serão protocolizadas nos tribunais todos os dias pelo cartório da DESISTS-CÍVEL, por meio de Asprom ou servidor.

Parágrafo único. É possível a protocolização de peça por e-mail do próprio TJMG até as 17h30minh.

¹⁴⁷³ Art. 128, I, da LCF 80/94 e artigo 74, I, da LCE 65/03, e arts. 247 e 248, ambos do CPC. Sobre o tema, remetemos ainda o leitor para as orientações sobre atuação no processo eletrônico.

SEÇÃO VII DA INTERAÇÃO COM O DEFENSOR PÚBLICO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Art. 1.436. Os defensores públicos com atuação na DESITS-CÍVEL devem, quando possível, realizar contato com o defensor público que acompanha o feito em primeira instância, com as seguintes finalidades:

- I** – avaliar e discutir teses para fundamentar os recursos;
- II** – esclarecer a sua decisão em caso de ausência de interposição de recurso;
- III** – solicitar informação a respeito do cumprimento do art. 526 do CPC / art. 1.018 do novo CPC, tanto pela parte assistida quanto pela parte adversa;
- IV** – buscar qualquer informação que auxilie na efetividade da tutela jurisdicional e proteção dos direitos do assistido.

SEÇÃO VIII DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

Art. 1.437. O defensor público deverá atentar para a existência de pedido de justiça gratuita em suas peças.

§ 1º O defensor público deverá observar se o juízo manifestou-se a respeito do pedido de assistência judiciária gratuita.

§ 2º Não havendo manifestação, deve o defensor público interpor embargos de declaração.

§ 3º Em caso de indeferimento, deverá o defensor público interpor recurso de agravo de instrumento, desde que o pedido de assistência judiciária não trâmite em autos apartados, caso em que o recurso cabível será o de apelação.

SEÇÃO IX DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS

Art. 1.438. Os defensores públicos atuantes perante a primeira instância são responsáveis pela interposição dos recursos de apelação, agravo retido, agravo de instrumento e dos embargos de declaração das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição, sendo a DESITS – Cível responsável pelos demais recursos perante o TJMG e Tribunais Superiores.

§ 1º Em aplicação do princípio da dialeticidade, o recorrente deve declinar no recurso o porquê do pedido de reexame da decisão, indicando as razões de fato e de direito, pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada.

§ 2º O princípio da dialeticidade está consubstanciado na exigência de que o recorrente apresente os fundamentos pelos quais está insatisfeito com a decisão recorrida e as razões do pedido de prolação de outra decisão.

§ 3º A ausência da indicação dos fundamentos de fato e de direito do inconformismo recursal, bem como de pedido de nova decisão, acarretará em inépcia recursal, o que acarretará sua inadmissão¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷⁴ Súmulas 182 do STJ e 284 do STF.



§ 4º O princípio da dialeticidade é aplicado a todos os recursos existentes¹⁴⁷⁵.

Art. 1.439. Os recursos podem ser encaminhados por e-mail ou fac-símile, desde que respeitado os horários de recebimento de cada um e desde que a peça original seja enviada em até 5 (cinco) dias após o fim do prazo recursal.

§ 1º O protocolo físico perante o TJMG se dá até às 18h00min.

§ 2º O protocolo via e-mail se dá até às 17h30min; após este horário a peça será considerada protocolizada no dia seguinte, conforme o disposto na Portaria Conjunta do TJMG 73/2006.

§ 3º Após realizado o protocolo via e-mail, a peça física deverá ser encaminhada no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de preclusão.

§ 4º Quando o recurso for de competência da Unidade Goiás, o e-mail para encaminhamento será: protocolo.ug@tjmg.jus.br, e o defensor público deverá entrar em contato com o Tribunal por meio do telefone (31) 3237- 6121 para confirmar o recebimento¹⁴⁷⁶.

§ 5º Quando o recurso for de competência da Unidade Raja Gabaglia, o e-mail para encaminhamento será: protocolo.urg@tjmg.jus.br, e, da mesma forma, o defensor público deverá entrar em contato com o Tribunal por meio dos telefones (31) 32994697 e 32994698, para confirmar o recebimento¹⁴⁷⁷.

SUBSEÇÃO I DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ART. 1.022 A 1.026 DO NOVO CPC)

Art. 1.440. O defensor público da DESITS-CÍVEL deverá interpor embargos de declaração quando verificar, em acórdão que julgou apelação ou agravo de Instrumento:

I – omissão, contradição ou obscuridade;

II – vício transrescisório ou matéria de ordem pública arguível a qualquer momento do feito;

III – inobservância de prescrição, decadência, preclusão ou qualquer matéria declarável ex officio;

IV – erro material;

V – ser necessário o prequestionamento de matéria¹⁴⁷⁸, desde que observados as hipóteses do artigo 535 do CPC¹⁴⁷⁹.

§ 1º O novo CPC considera incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitar, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados.

§ 2º Os embargos de declaração também serão oponíveis quando inobservada a prerrogativa de intimação pessoal do defensor público.

¹⁴⁷⁵ (Apelação: art. 514, II e III, CPC; Agravo: art. 524 e 525, CPC; Agravo Retido: art. 523, § 3º, CPC; Embargos de Declaração: art. 536, CPC; Recurso Ordinário: art. 540, CPC; REsp e RE: art. 541, CPC).

¹⁴⁷⁶ O telefone geral do protocolo da Unidade Goiás é (31) 3237-6500.

¹⁴⁷⁷ O telefone geral do protocolo da Unidade Raja Gabaglia é (31) 3299-4699.

¹⁴⁷⁸ Visando o recurso extremo.

¹⁴⁷⁹ Art. 1.022, NCPC/2015.

§ 3º Quando interpuser embargos visando o prequestionamento da matéria, deve o defensor público manifestar-se expressamente nesse sentido na peça, aduzindo acerca da possibilidade de interpor embargos prequestionatórios.

§ 4º Na hipótese de vislumbrar a mínima possibilidade de alteração no julgado pelo provimento dos embargos de declaração, deve o defensor público requerer efeitos infringentes aos embargos¹⁴⁸⁰.

Art. 1.441. A resposta cabível aos embargos de declaração são as contrarrazões aos embargos de declaração.

§ 1º Deve o defensor público se atentar ao fato de que, se foi dada vista para resposta, é porque o desembargador relator vislumbrou a possibilidade de alteração do julgado pelo julgamento daqueles embargos.

§ 2º Nas suas contrarrazões o defensor público combaterá a existência dos vícios autorizadores da interposição do recurso, bem como aduzirá a impossibilidade de se conferir efeitos infringentes ou prequestionatórios àquele recurso.

§ 3º Quando o relator vislumbra a possibilidade de conferir efeitos infringentes aos embargos declaratórios, há obrigatoriedade de dar vista à parte contrária, sob pena de lesão ao contraditório e à ampla defesa, e determinar a nulidade absoluta do feito¹⁴⁸¹.

SUBSEÇÃO II DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Art. 1.442. Os embargos infringentes devem ser interpostos, com a finalidade de esgotar as vias ordinárias e, dessa forma, viabilizar a interposição do recurso especial ou recurso extraordinário.

Art. 1.443. A resposta cabível aos embargos infringentes são as contrarrazões aos referidos embargos, nas quais se aduzirá o acerto das decisões majoritárias, manutenção do acórdão, bem como impugnação específica do mérito.

Art. 1.444. Não são cabíveis embargos infringentes:

I – em mandado de segurança¹⁴⁸²

II – do julgamento não unânime que reformar a sentença e extinguir o feito sem resolução do mérito;

III – em sede de agravo de instrumento.

¹⁴⁸⁰ TJMG – Embargos de Declaração-Cv – 1.0024.12.261698-0/002, Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/11/2014, publicação da súmula em 25/11/2014. & TJMG – Embargos de Declaração-Cv – 1.0079.10.031401-6/002, Relator(a): Des.(a) Cabral da Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/02/2015, publicação da súmula em 06/03/2015.

¹⁴⁸¹ REsp 1295807 RS 2011/0284655-2. Relatora Nancy Andrichi, j. 11/04/13, T3, DJe 02/05; 2013.

¹⁴⁸² Enunciado 169 da súmula do STJ.



SUBSEÇÃO III
DO AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 1015 A 1020 DO NOVO CPC)

Art. 1.445. É atribuição do defensor público atuante na primeira instância a interposição do agravo de instrumento, e ao defensor público da DESITS-CÍVEL cabe a resposta na forma de contraminuta, bem como o recurso pela negativa de seguimento ou provimento.

Art. 1.446. É imprescindível que o agravo de instrumento seja acompanhado de:

I – certidão de carga dos autos, a fim de atestar sua tempestividade¹⁴⁸³;

II – cópias das peças essenciais ao entendimento da lide, não somente as obrigatórias, de preferência em ordem cronológica.

§ 1º O defensor público atuante na primeira instância deve instruir o agravo de instrumento da forma mais completa o possível¹⁴⁸⁴. Quando possível, é recomendável juntar cópia integral dos autos.

§ 2º A juntada das peças facultativas é relevante, pois muitas vezes é difícil o contato com o defensor público de primeira instância, além de a providência e o envio dos documentos poder acarretar longa demora.

Art. 1.447. Não é necessário autenticar as peças e documentos processuais, pois basta ao defensor público declará-los autênticas¹⁴⁸⁵.

Art. 1.448. A resposta cabível ao agravo de instrumento é a contraminuta.

§ 1º Em preliminares da contraminuta, o defensor público da DESITS-CÍVEL poderá arguir, entre outras, o seguinte:

I – que a matéria aduzida em agravo de instrumento não é urgente, não sendo a decisão agravada passível de gerar ao agravante dano grave ou de difícil reparação;

II – que a parte agravante deixou de juntar peças obrigatórias ou necessárias ao convencimento do julgador.

§ 2º Deve o defensor público da DESITS-CÍVEL entrar em contato com o defensor público que acompanha o processo em primeira instância, com o objetivo de averiguar o cumprimento do artigo 526 do CPC pela parte agravante,

§ 3º Em caso de não ter a parte agravante cumprido o art.526 do CPC, deve o defensor público da primeira instância requerer certidão à secretaria do juízo que ateste o descumprimento, a fim de que o órgão de execução de segunda instância argua, preliminarmente, em sede de contraminuta, a inadmissibilidade do recurso de agravo de instrumento.

§ 4º No caso de ter o desembargador relator deferido ao recurso efeito suspensivo, sugere-se ao defensor público da segunda instância pedir juízo de retratação em sua contraminuta.

§ 5º No mérito da contraminuta ao agravo de instrumento, deve o defensor público pugnar pela manutenção da decisão e combater cada argumentado apresentado pela parte contrária em seu agravo de instrumento.

¹⁴⁸³ Art. 525, I, CPC c/c 128, I, LCF 80/84.

¹⁴⁸⁴ Com todas as peças obrigatórias e necessárias.

¹⁴⁸⁵ Art. 74, XII, da LCE 65/03.

Art. 1.449. O defensor público de primeira instância que interpuser o agravo de instrumento deverá atentar para o cumprimento do art. 526 do CPC.

Art. 1.450. A arguição de ausência de cumprimento do art. 526 do CPC é ônus da parte agravada, não podendo o relator conhecê-la de ofício¹⁴⁸⁶.

Parágrafo único. Caso o reconhecimento de ofício do descumprimento do art. 526 do CPC se dê em julgamento monocrático, caberá agravo interno¹⁴⁸⁷.

Art. 1.451. Da decisão que julga improcedente o pedido formulado no agravo de instrumento, com base na verificação da presença ou ausência dos requisitos da tutela antecipada, não cabe recurso extraordinário¹⁴⁸⁸.

§ 1º Quando a decisão for favorável ao assistido e a outra parte interpor recurso extraordinário, deverá o defensor público alegar, em preliminar, a inadmissibilidade do recurso¹⁴⁸⁹.

§ 2º Quando for negado seguimento monocraticamente ao agravo de instrumento por ausência de peça necessária, o defensor público da DESITS-CÍVEL deve interpor recurso, com fundamento em orientação jurisprudencial do STF, no sentido de que o desembargador relator deve oportunizar ao agravante a possibilidade de complementação do instrumento¹⁴⁹⁰.

SUBSEÇÃO IV DO AGRAVO REGIMENTAL/INTERNO (ART. 1021 DO NOVO CPC)

Art. 1.452. Cabe ao defensor público da DESIT-CÍVEL interpor agravo regimental/interno em face da decisão monocrática que negar seguimento ao recurso interposto.

Art. 1.453. Em sede de agravo interno/regimental deve o defensor público da DESITS-CÍVEL prequestionar os pontos necessários ao sucesso recursal, evitando a interposição de embargos de declaração apenas para fins prequestionatórios.

¹⁴⁸⁶ TJ-RS – Agravo de Instrumento AI 70058205675 RS (TJ-RS) – Data de publicação: 25/03/2014.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO. IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DO DESCUMPRIMENTO, PELO AGRAVANTE, DO ART. 526, § ÚNICO, DO CPC. MATÉRIA NÃO VENTILADA NA DECISÃO AGRAVADA. DESCABE APRECIÇÃO POR ESTE ÓRGÃO RECURSAL SOB PENA DE SUPRESSÃO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. 1. Compete ao suscitante demonstrar a eventual omissão, pela parte agravante, quanto à comunicação de interposição do agravo de instrumento nos autos principais. Impossibilidade de ser reconhecido pelo magistrado, de ofício, o descumprimento, pelo agravante, do disposto do art. 526, § único, do CPC. 2. Considerando que a alegação da venda do veículo em leilão é posterior à decisão recorrida, e não foi objeto de controvérsia, e nem apreciada pelo Juízo *a quo*, descabe manifestação deste Tribunal a respeito do pleito, por significar supressão de instância, o que fere o princípio do duplo grau de jurisdição. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento nº 70058205675, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisabete Correa Hoeveler, Julgado em 21/03/2014).

¹⁴⁸⁷ Também conhecido como agravo regimental.

¹⁴⁸⁸ Enunciado nº 735 da Súmula do STF.

¹⁴⁸⁹ Enunciado nº 735 da Súmula do STF.

¹⁴⁹⁰ (Houve flexibilização do posicionamento jurisprudencial neste sentido pelo STF).



SUBSEÇÃO V
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS DOS RECURSOS EXPREMOS E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
(ART. 1.029 A 1.035 DO NOVO CPC)

Art. 1.454. A interposição de recurso extraordinário deverá observar o seguinte:

I – o exaurimento das vias recursais ordinárias;

II – a tese recursal deve versar, exclusivamente, sobre matéria de direito constitucional, vedada a discussão e o pedido de reapreciação da matéria fática.

§ 1º É vedada a utilização de recurso extraordinário para a rediscussão de fatos e provas.

§ 2º Configura exceção ao princípio da unirecorribilidade, a simultânea interposição de recurso extraordinário e recurso especial, pois sendo ambos cabíveis, devem ser ambos interpostos, cada um endereçado ao tribunal superior específico.

Art. 1.455. Cabe recurso extraordinário contra decisão de última ou única instância que:

I – contrariar dispositivo constitucional;

II – declarar inconstitucional tratado ou lei federal;

III – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CR/88;

IV – julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 1.456. O prequestionamento não é requisito de admissibilidade, e sim, um dos meios para se chegar ao requisito de admissibilidade dos recursos denominados excepcionais¹⁴⁹¹, qual seja, o cabimento¹⁴⁹².

Art. 1.457. O prequestionamento consiste na exigência de que a questão veiculada no recurso interposto para o tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido, não bastando que a parte tenha suscitado o tema.

§ 1º O prequestionamento pode ser:

I – numérico: consiste na existência de menção expressa ao preceito de regência da questão constitucional/federal, no bojo da decisão recorrida;

II – explícito: ocorre na hipótese de a questão constitucional/federal ser resolvida no julgado recorrido, sem a menção ao preceito de regência;

III – implícito: ocorre na hipótese de a questão constitucional/federal não ser solucionada na decisão recorrida, apesar de previamente veiculada em peças processuais, como em sede de petição inicial, contestação, razões recursais, contrarrazões¹⁴⁹³;

IV – ficto: ocorre na hipótese de a questão constitucional/federal não ser resolvida no julgamento recorrido, nem mesmo após a interposição de embargos declaratórios¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹¹ Recurso especial e recurso extraordinário.

¹⁴⁹² Pressuposto intrínseco de admissibilidade.

¹⁴⁹³ O STF não admite esse tipo de prequestionamento / AG n. 306.307/SP-AGRG, 1ª Turma, DJ 02/052003: Falta de prequestionamento – e atualmente é pacífico o entendimento desta Corte de que não se admite como tal o denominado prequestionamento implícito – das demais constitucionais invocadas no recurso extraordinário.

¹⁴⁹⁴ O STJ não admite esse tipo de prequestionamento / Súmula 211, STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

§ 2º O STF admite o prequestionamento ficto¹⁴⁹⁵, porém, o tribunal tem mudado seu posicionamento, no sentido de exigir que o tribunal a quo se manifeste acerca da matéria recorrida.

§ 3º É importante que o defensor público de primeira instância prequestione a matéria, de forma numérica, interpondo embargos de declaração quando o magistrado não se pronunciar acerca de determinado tema, principalmente no que tange à matéria probatória e relativa a cláusulas contratuais, já que é vedada a discussão de tais temas em sede de recurso extremo, por incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ¹⁴⁹⁶.

§ 4º – A rigor, só se admite o prequestionamento numérico ou, no máximo, o explícito, razão pela qual, diante da omissão do Estado-juiz, deve o defensor público interpor embargos de declaração, observadas as hipóteses do artigo 535 do CPC/1973 e 1.022 do novo CPC.

§ 5º – Persistindo a omissão, pode-se optar por:

I – novos embargos de declaração;

II – apresentar o recurso extremo, arguindo, preliminarmente, a negativa de vigência aos arts. 165, 458, e 535, II do CPC / arts. 11, 489 e 1022 do novo CPC;

III – indicação da matéria federal/constitucional de fundo.

Art. 1.458. O recurso extraordinário é cabível em face de acórdãos e de decisões monocráticas, de única ou de última instância, presente os demais pressupostos de admissibilidade existidos pelo art. 102, III da CR/88F.

Art. 1.459. Os recursos extremos não são dotados de efeito suspensivo, limitados exclusivamente à matéria constante da respectiva tese jurídica enfrentada, sendo possível, portanto, a execução provisória do julgado em sua pendência.

Parágrafo único. É possível, admitido o recurso extremo pelo tribunal superior, o ajuizamento de cautelar para dar efeito suspensivo ao recurso, com a demonstração da existência dos requisitos da cautelar¹⁴⁹⁷.

Art. 1.460. O recurso extraordinário deve ser interposto por petição escrita, dirigida ao vice-presidente do órgão julgador, conforme determinado em seu regimento Interno. A petição deve conter:

I – exposição do fato e do direito;

II – demonstração do cabimento do Recurso;

III – razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Art. 1.461. O recurso que não estiver abarcado com o pressuposto da repercussão geral, não será recebido pelo STF, razão pela qual recomenda-se, preliminarmente, a demonstração da repercussão geral ao interpor o recurso.

¹⁴⁹⁵ Súmula 282, STF: É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada / Súmula 356, STF: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

¹⁴⁹⁶ A questão probatória deve ser bem trabalhada, explorada e detalhada em Primeira Instância, pois é vedado fazê-lo em via excepcional.

¹⁴⁹⁷ No novo CPC, os recursos extremos serão dotados de efeitos suspensivos.



Art. 1.462. A resposta cabível quando da interposição de recurso extraordinário são as contrarrazões, endereçadas, como o recurso, à vice-presidência do tribunal e, posteriormente, ao STJ.

§ 1º Preliminarmente, deverá ser arguida a inadmissibilidade do recurso extraordinário interposto pela parte contrária, em razão do não preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, a ausência de prequestionamento e a ausência de repercussão geral da matéria.

§ 2º No mérito, deve-se, pelo princípio da eventualidade, pugnar pelo não reconhecimento de violação constitucional.

SUBSEÇÃO VI DO RECURSO ESPECIAL (ART. 1.029 A 1.035 DO NOVO CPC)

Art. 1.463. A interposição de recurso especial deverá observar o seguinte:

I – exaurimento das vias recursais ordinárias;

II – a tese recursal deve versar, exclusivamente, sobre matéria de direito federal, vedada a discussão e o pedido de reapreciação da matéria fática.

§ 1º A apresentação da matéria de fundo se faz imprescindível, pois caso o tribunal superior entenda que ocorreu prestação jurídica completa, passará automaticamente à análise da matéria de mérito do caso apresentado.

§ 2º Caso a matéria de mérito não seja apresentada no recurso especial e não seja acolhida a tese de ausência de pronunciamento adequado pelo tribunal estadual, ocorrerá preclusão consumativa a respeito da questão.

Art. 1.464. Cabe recurso especial contra decisão do Tribunal de Justiça que:

I – contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência;

II – julgar válido ato de governo local ou contestado em face de lei federal;

III – der à lei federal interpretação divergente da atribuída por outro tribunal.

Parágrafo único. O defensor público da DESISTS-CÍVEL deve se preocupar, sobretudo, com os incisos I e III.

Art. 1.465. É exigência do STJ que a matéria arguida no recurso esteja previamente prequestionada.

Parágrafo único. Se, após a interposição de embargos de declaração, o tribunal permanecer omissivo quanto à expressa manifestação a respeito da matéria, deve o defensor público da DESISTS-CÍVEL arguir, como preliminar do recurso especial, negativa de prestação jurisdicional, por violação aos arts. 165, 458 e 535, todos do CPC / arts. 11, 489 e 1022 do novo CPC, com o objetivo de que o Acórdão proferido seja cassado e seja proferida ordem para que o TJMG se manifeste sobre a matéria.

Art. 1.466. O recurso especial não é dotado de efeito suspensivo, limitado exclusivamente à matéria constante da respectiva tese jurídica enfrentada, o que torna possível, portanto, a execução provisória do julgado na pendência do recurso.

Art. 1.467. O recurso especial deve ser interposto por petição escrita dirigida ao presidente ou vice-presidente, conforme determinado em seu regimento interno. A petição deve conter:

I – exposição do fato e do direito;

II – demonstração do cabimento do recurso especial, ou seja, violação de lei federal e/ou divergência jurisprudencial entre o tribunal mineiro e outros tribunais estaduais, federais, STJ e STF;

III – razões do pedido de reforma da decisão recorrida;

Parágrafo único. Não é possível caracterizar a divergência jurisprudencial com paradigmas de tribunais militares, eleitorais, do trabalho e de contas.

Art. 1.468. Na hipótese de divergência jurisprudencial, o recorrente deve buscar acórdão proferido por tribunal brasileiro de jurisdição civil que, em uma mesma situação, tenha dado à lei federal interpretação distinta daquela manifestada no acórdão paradigma, colacioná-lo na íntegra e fazer uma análise comparativa entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido¹⁴⁹⁸.

Art. 1469. A resposta cabível quando da interposição de recurso especial são as contrarrazões, endereçadas à vice-presidência do tribunal e, posteriormente, ao STJ.

§ 1º Preliminarmente, deverá ser arguida a inadmissibilidade do recurso especial interposto pela parte contrária, em razão do não preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, a ausência de prequestionamento e a inviabilidade do recurso pela alínea 'c' do art. 105, III, da CR/88¹⁴⁹⁹, se for o caso.

§ 2º No mérito, deve-se, pelo princípio da eventualidade, pugnar pelo não reconhecimento de violação de norma federal, bem como tentar descaracterizar o dissídio, em razão de os acórdãos paradigmas não se assemelharem ao acórdão recorrido.

SUBSEÇÃO VII DO AGRAVO PELA INADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTREMOS

Art. 1.470. Quando a vice-presidência/presidência¹⁵⁰⁰ inadmitir o recurso extremo, cabe a interposição de agravo, a ser interposto perante o TJMG¹⁵⁰¹, endereçado diretamente ao tribunal superior, ao qual havia se intentado o recurso extremos.

Art. 1.471. O objeto do agravo para destrancar o recurso especial ou o recurso extraordinário, previsto no art. 544 do CPC, é a decisão que negou seguimento ao(s) referido(s) recurso(s), ou seja, deverá o recorrente combater os fundamentos na decisão proferida pelo tribunal estadual ao realizar o juízo de admissibilidade.

§ 1º Não deverá o agravo apresentar as matérias arguidas no recurso que não foi admitido.

¹⁴⁹⁸ Art. 541, CPC e art. 255, e §§ do RISTJ.

¹⁴⁹⁹ Dissídio jurisprudencial.

¹⁵⁰⁰ Dependendo do Regimento Interno de cada Tribunal.

¹⁵⁰¹ Art. 544 do CPC.



§ 2º A mera repetição dos fundamentos do recurso inadmitido implica na própria inadmissão do agravo¹⁵⁰².

Art. 1.472. Deve ser reforçada a tese de negativa de prestação jurisdicional, bem como a violação de normas federais ou constitucionais.

Art. 1.473. Cabe, pelo princípio da eventualidade, impugnar a incidência das súmulas aplicadas pela vice-presidência como fundamentos para a inadmissão do recurso especial ou recurso extraordinário.

SUBSEÇÃO VIII DOS HONORÁRIOS

Art. 1.474. São devidos à Defensoria Pública os honorários de sucumbência.

§ 1º Importante adotar a denominação honorários de sucumbência para diferenciá-los dos honorários do advogado.

§ 2º A diferença acima citada se faz importante, uma vez que, no caso da Defensoria Pública, os honorários são destinados à instituição.

Art. 1.475. Os honorários de sucumbência são também devidos à DPMG:

I – quando atua na curadoria especial;

II – nas exceções de pré-executividade, ainda que haja desistência do exequente após a apresentação da defesa;

III – quando o processo for extinto sem resolução do mérito e quem deu causa à propositura da ação foi a parte adversária¹⁵⁰³.

CAPÍTULO II DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E TRIBUNAIS SUPERIORES – CÍVEL – DIREITO PRIVADO

SEÇÃO I DA AÇÃO MONITÓRIA

Art. 1.476. O prazo prescricional da pretensão de cobrança de mensalidades escolares vencidas até 11.01.2003¹⁵⁰⁴ é o estabelecido no art. 178, § 6º, VII do CCB de 1916.

Parágrafo único. Para as mensalidades vencidas após a referida data, aplica-se o prazo quinquenal, disposto no art. 206, § 5º, I do CCB de 2002.

Art. 1.477. Prescritos os cheques que ensejariam a via executiva, a monitória neles embasada tem seu prazo prescricional vinculado ao direito de fundo, ou seja, cobrança de mensalidades escolares.

¹⁵⁰² Enunciado nº 283 da Súmula do STF.

¹⁵⁰³ Aplicação da teoria da causalidade.

¹⁵⁰⁴ Entrada em vigor do novo CCB.

Art. 1.478. Tratando-se de contrato de abertura de crédito, concernente à dívida encartada em instrumento público ou particular, o prazo prescricional é aquele previsto no art. 206, § 5º, I, do CCB de 2002.

Parágrafo único. Se o contrato foi feito sob a égide do CCB de 1916, cujo prazo prescricional aplicável era o vintenário, com a entrada em vigor do CCB de 2002, decorrido menos da metade do prazo vintenário, aplica-se a regra de direito intertemporal do art. 2.028 do CC do atual código.

Art. 1.479. O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória e cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título.

Art. 1.480. Sobre o direito sumular aplicável às ações monitórias:

I – o contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória¹⁵⁰⁵;

II – cabível citação por edital em ação monitória¹⁵⁰⁶;

III – a reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário¹⁵⁰⁷;

IV – é admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito¹⁵⁰⁸;

V – cabível ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia¹⁵⁰⁹;

VI – é cabível ação monitória contra a Fazenda Pública¹⁵¹⁰;

VII – o prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula¹⁵¹¹;

VIII – o prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título¹⁵¹².

Art. 1.481. No tocante à prova na ação monitória:

I – conforme orientação jurisprudencial do STJ é desnecessária a indicação ou a comprovação, pelo autor da ação monitória fundada em cheque prescrito, da causa da sua emissão, competindo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito;

II – nada impede que o requerido, em embargos à monitória, discuta a causa debendi, cabendo-lhe a iniciativa do contraditório e o ônus da prova, mediante apresentação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

¹⁵⁰⁵ Súmula 247 do STJ.

¹⁵⁰⁶ Súmula 282 do STJ.

¹⁵⁰⁷ Súmula 292 do STJ.

¹⁵⁰⁸ Súmula 299 do STJ.

¹⁵⁰⁹ Súmula 384 do STJ.

¹⁵¹⁰ Súmula 339 do STJ.

¹⁵¹¹ Súmula 503 do STJ.

¹⁵¹² Súmula 504 do STJ.



Art. 1.482. Duas são a posição do STJ a respeito da incidência de juros na ação monitória¹⁵¹³:

I – os juros de mora contam-se a partir da citação¹⁵¹⁴;

II – os juros de mora contam-se a partir da data do inadimplemento¹⁵¹⁵.

Parágrafo único. O disposto nos incisos I e II não se aplica quando a própria lei de regência já estabelece o dies a quo para a contagem dos juros de mora, a exemplo do que ocorre com a Lei do Cheque, que prevê, no seu art. 52, II, que referido encargo incide da primeira apresentação do título em diante.

Art. 1.483. É vedada a penhora de salários para o pagamento de dívida civil, ainda que em percentual de 30% (trinta por cento)¹⁵¹⁶.

Art. 1.484. O deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, em razão do encerramento irregular das atividades da sociedade empresária, exige a comprovação da má-fé¹⁵¹⁷.

SEÇÃO II DA CURADORIA ESPECIAL

Art. 1.485. O assistido da Defensoria Pública pela via da curadoria especial faz jus ao benefício de assistência judiciária, no ato de interposição de recurso¹⁵¹⁸.

Art. 1.486. Segundo precedentes do STJ, o preparo do recurso somente poderia ser relevado se o curador especial nomeado fosse a Defensoria Pública porque neste caso presumir-se-ia a hipossuficiência do réu.

Parágrafo único. Nos demais casos é necessário o requerimento e deferimento da assistência judiciária gratuita.

Art. 1.487. No exercício da curadoria especial, o defensor público deve requerer a assistência judiciária ao ausente, quer pessoa física, quer pessoa jurídica.

Parágrafo único. A comprovação da miserabilidade é dispensável em se tratando de réu citado fictamente, pois é presumida, devendo a Assistência Jurídica ser decretada de ofício¹⁵¹⁹.

¹⁵¹³ VIDE AgRg no REsp n. 740.362/MS, Quarta Turma.

¹⁵¹⁴ AgRg no Ag 979.066/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 19/08/2010.

¹⁵¹⁵ EREsp 964.685/SP, Relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 28/10/2009.

¹⁵¹⁶ Artigo 649, IV do Código de Processo Civil; STJ AgRg no Recurso Especial nº 1.373.174 – RO.

¹⁵¹⁷ Artigo 50 do Código Civil; TJMG Ag 1.0024.06.999.883-9/001; STJ AgRg no REsp 1173067/RS, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 251.800 – SP.

¹⁵¹⁸ Art. 1º, da LC 80/94; Art. 12, Lei 1060/50; Artigo 4º, inciso VI, da LCF 80/94; STF – REXT nº 233.043-1-SP; TJRS – Apelação Cível: AP 70029681475; TJMG – Embargos de Declaração Cível nº 1.0024.03.150713-0/002.

¹⁵¹⁹ **NÃO SE TRATA DE POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA:**

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RÉU ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. DEFERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. REEXAME DE QUESTÕES LIGADAS AO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. Estando o réu revel assistido pela Defensoria Pública, mister se faz o deferimento de justiça gratuita a ele, ainda que de ofício. Matéria ligada ao mérito do julgamento que entendeu devidos danos morais, não pode ser atacada por embargos de declaração, porque tal recurso somente é cabível quando apontadas as hipóteses do art. 535 do CPC. (g.n.). (TJMG-ED,- 1.00240315713-0/2).

Art. 1.488. É indispensável a intimação do devedor para o pagamento do débito, na forma do artigo 475, J, CPC, não suprimindo a intimação do curador especial para tal fim¹⁵²⁰.

SEÇÃO III DA AÇÃO DE COBRANÇA DE MENSALIDADES ESCOLARES

Art. 1.489. Sugere-se ao defensor público adotar a tese da incidência dos juros de mora a partir da citação¹⁵²¹.

§ 1º Como tese eventual, é possível alegar a instituição de ensino é parte ilegítima para a cobrança de valores em favor de diretório acadêmico de estudantes¹⁵²².

§ 2º Encontra-se superada a tese de que as mensalidades escolares prescrevem no prazo de um ano¹⁵²³.

Art. 1.490. Sugere-se ao defensor público defender a tese de que a correção monetária incide a partir do ajuizamento da ação¹⁵²⁴, apesar de o STJ entender que a correção monetária incide a partir do vencimento da parcela¹⁵²⁵.

Art. 1.491. Sugere-se ao defensor público adotar a tese do caráter abusivo da cobrança de correção monetária pelo índice IGPM, por contar tal índice com elementos remuneratórios em sua composição¹⁵²⁶.

Art. 1.492. O prazo de prescrição da pretensão de cobrança das mensalidades escolares é de 5 (cinco) anos, contado do vencimento de cada parcela¹⁵²⁷.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RÉU REVEL. CURADOR ESPECIAL. DEFENSOR PÚBLICO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE.

A atividade de curador especial (art. 9º, II, do CPC) é munus público com finalidade precípua de propiciar ao réu revel citado por edital o contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes. Desarrazoado, na hipótese de réu revel citado por edital, impedir requerimento de prova pericial por impossibilidade de arcar com honorários periciais, ou de recorrer, em virtude de ter que custear o preparo. 2. **No caso, o curador especial é defensor público, exercendo função institucional da Defensoria Pública (art. 4º, VI, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994), instituição essencial à função jurisdicional do Estado, este responsável por prestar “assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei” (art. 1º da Lei Complementar nº 80/94), aplicando-se ao caso os benefícios da Lei nº 1.060/50.** 3. Não se pode exigir que um órgão público incumbido de prestar assistência judiciária gratuita suporte as despesas do uso do aparelho judiciário, especialmente considerando que se vencedor na demanda o curador especial não terá direito a honorários (Cf. REsp 505.061/MG, DJ. 19.12.2003, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito). 4. Se os réus forem vencidos deverão ser condenados nos ônus de sucumbência, verba essa cujo pagamento ficará suspenso nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. 5. Apelação provida. (g.n.) (TRF-1 – AC: 17150 BA 2001.33.00.017150-5).

¹⁵²⁰ STJ REsp 1009293 / SP.

¹⁵²¹ Artigos 405 do CC/02 e 219 do CPC; STJ – REsp 1227751-MG (2010/0218067-9); STJ – REsp 1.209.253- MG (2010/0152952-9); STJ – REsp 1199944 – MG (2010/0117812-8); STJ – Ag Rg no AREsp 264.619/MS; EREsp 240.236/PR.

¹⁵²² STJ- REsp 75152mg (2010/0003738-1); TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.469548-3/001.

¹⁵²³ Artigo 178, § 6º, VI do Código Civil de 1916; STJ - EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.161.292 – SP (2009/0037871-9).

¹⁵²⁴ Artigo 1º, § 2º da Lei 6.899/81; TJMG APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.995815-5/002.

¹⁵²⁵ STJ- Ag Rg no REsp 294670/ba, de 23/04/2013.

¹⁵²⁶ Código de Defesa do Consumidor Artigos, 6º, V e 39, V; TJMG APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.152052-4/001.

¹⁵²⁷ Artigo 206, §5º, I, CCB: STJ – REsp 1.000.876-ES (2007/0256343-8), de 16/08/2013.



Parágrafo único. Há dupla correção e *bis in idem* quando a instituição apresenta planilha com valor já corrigido, e pleiteia nova correção¹⁵²⁸.

SEÇÃO IV DAS AÇÕES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO

Art. 1.493. O boletim de ocorrência goza de presunção relativa de veracidade quanto aos fatos presenciados pela autoridade pública¹⁵²⁹.

Art. 1.494. É indispensável a prova da culpa concorrente em caso de acidente de trânsito, pois esta não se presume¹⁵³⁰.

Art. 1.495. Fixado o valor da reparação por danos morais em montante atual, a correção monetária deve incidir a partir do momento de sua fixação; já os juros de mora devem incidir a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54, do STJ¹⁵³¹.

Art. 1.496. Na condenação ao pagamento de lucros cessantes, os juros de mora e a correção monetária deverão ter incidência mês a mês, a partir da data na qual a vítima deixou de auferir renda em razão do evento danoso¹⁵³².

Art. 1.497. Sobre o montante apurado a título de danos materiais devem incidir juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelos índices da tabela da corregedoria geral de justiça, a partir da data de cada desembolso¹⁵³³.

Art. 1.498. O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada¹⁵³⁴.

SEÇÃO V DAS AÇÕES MOVIDAS EM FACE DE PLANOS DE SAÚDE

Art. 1.499. Aplica-se o CDC também aos planos de saúde celebrados anteriormente à Lei 9.656/98¹⁵³⁵.

Art. 1.500. É abusiva a cláusula contratual que:

I – que não cobre procedimento para a colocação de stent¹⁵³⁶;

¹⁵²⁸ TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.292787/001.

¹⁵²⁹ STJ, AgRg no REsp 773939 / MG.

¹⁵³⁰ Artigo 945 do Código Civil e 333 do Código de Processo Civil.

¹⁵³¹ Súmulas 54 e 362 do STJ; REsp 494183 / SP, REsp 1139612/PR, REsp 703194 / SC.

¹⁵³² TJMG, Apel. nº 1.024.05.658186-1/001.

¹⁵³³ TJMG, Apel. nº 1.043.05.153707-7/003.

¹⁵³⁴ Súmula n. 246 do STJ, REsp 219035/RJ.

¹⁵³⁵ Súmula 469 STJ.

¹⁵³⁶ Código de Defesa do Consumidor Artigos, 6º, V e 39, V, 46; STJ REsp 735.168/RJ, AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.341.183 – PB.

II – que não cobre tratamento domiciliar¹⁵³⁷;

III – de limitação de direitos sem destaque e com corpo de fonte inferior a 12 (doze)¹⁵³⁸;

IV – restritiva de atendimento territorial de grupo nacional¹⁵³⁹;

V – que impõe prazo de carência para o atendimento de emergência ou urgência.¹⁵⁴⁰

Art. 1.501. O atendimento a casos de urgência é sempre devido, ainda que o procedimento não seja coberto ordinariamente¹⁵⁴¹.

Art. 1.502. O rol de procedimentos obrigatórios da ANS é meramente exemplificativo.

Art. 1.503. É cabível pedido de dano moral no caso de negativa indevida de cobertura¹⁵⁴².

Art. 1.504. É nula a cláusula limitativa de contrato a ponto de tornar impraticável a realização de seu objeto, nos termos do artigo 51, § 1º, II do CDC¹⁵⁴³.

SEÇÃO VI DAS AÇÕES LOCATÍCIAS

Art. 1.505. Sobre o direito sumular nas ações que versem sobre locação¹⁵⁴⁴:

I – o fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado¹⁵⁴⁵;

II – nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção¹⁵⁴⁶;

III – é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família¹⁵⁴⁷.

Parágrafo único. Em razão do disposto no art. 39 da Lei 8.245/91¹⁵⁴⁸, não tem aplicação o enunciado nº 214 da Súmula do STJ¹⁵⁴⁹, pois não há necessidade de aditamento contratual para a prorrogação da fiança, desde que haja previsão contratual nesse sentido.

¹⁵³⁷ Código de Defesa do Consumidor Artigos, 6º, V e 39, V, 46; STJ AgRg no AREsp 300648 / RS, AgRg no AREsp 292.901/RS.

¹⁵³⁸ Código de Defesa do Consumidor Artigo 54, §§ 3º e 4º.

¹⁵³⁹ TJMG AgICiv nº 1.0024.10.207775-7/001.

¹⁵⁴⁰ STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.503.003/SP

¹⁵⁴¹ Artigo 35-C da Lei 9.656/98.

¹⁵⁴² STJ- AREsp- 070868-RS (2011/0181283-1), de 26/06/2013; STJ – REsp 1.190.880/RS;

¹⁵⁴³ TJMG Ap Cível nº 1.0024.08.118665-2/001.

¹⁵⁴⁴ Lei 8.245/91.

¹⁵⁴⁵ Súmula 268 do STJ.

¹⁵⁴⁶ Súmula 335 do STJ.

¹⁵⁴⁷ Súmula 486 do STJ.

¹⁵⁴⁸ Modificado pela Lei 12.112/09.

¹⁵⁴⁹ Súmula 214. STJ: O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.



Art. 1.506. O fiador somente pode compor o polo passivo da ação locatícia quando cumulados os pedidos de despejo e o de cobrança de aluguéis¹⁵⁵⁰.

Art. 1.507. A teor do art. 60 da Lei nº 8.245/91, nas ações de despejo fundadas no inciso IV do art. 9º, inciso IV do art. 47 e inciso II do art. 53, a petição inicial deverá ser instruída com prova da propriedade do imóvel ou do compromisso registrado.

Parágrafo único. O § 2º do art. 47 da Lei 8.245/91 dispõe que nas hipóteses dos incisos III e IV, o retomante deverá comprovar ser proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.

Art. 1.508. A atual jurisprudência do STJ preleciona que a denúncia do contrato de locação é uma faculdade do adquirente, a qual deve ser exercida no prazo de noventa dias a contar do registro da venda¹⁵⁵¹.

Art. 1.509. Sobre a distinção entre a multa moratória e a multa compensatória, prevista no art. 4º da Lei nº 8.245/91:

I – multa moratória é aquela decorrente do atraso no pagamento do aluguel e encargo;

II – multa compensatória é aquela estipulada para o caso de descumprimento de qualquer das cláusulas do contrato.

Art. 1.510. A cláusula penal, que depene da existência de um contrato escrito, pode ter por objeto a inexecução completa da obrigação (inadimplemento absoluto), o descumprimento de uma ou mais cláusulas do contrato, o inadimplemento parcial, ou a simples mora.

Art. 1.511. A locação verbal presume-se por tempo indeterminado¹⁵⁵².

Art. 1.512. Deve ser reduzida a multa moratória de 20% (vinte por cento) por caracterizar enriquecimento sem causa¹⁵⁵³.

§ 1º Encontra-se superada a tese segundo a qual é abusiva multa moratória superior a 2% (dois por cento), com base o CDC, uma vez que a relação locatícia não pode ter como fundamento a relação de consumo.

§ 2º A arguição de abusividade de multa superior a 2% (dois por cento) deve ter outros fundamentos, como a necessidade de sua redução, com fundamento no art. 413 do CCB¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁵⁰ REsp 279.189/SC, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2000, DJ 05/03/2001, p. 221.

¹⁵⁵¹ AgRg no REsp n. 1.109.671/AM, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 1º/3/2010.

¹⁵⁵² Súmula 20 do 2º TACSP; VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 40/42.

¹⁵⁵³ Artigos 884 e 1.336, § 1º (por analogia) do Código Civil; TJMG- Apelação Cível 1.0024.08.968337-9/001.

¹⁵⁵⁴ Artigo 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 1.513. Estabelecida a transação entre locador e locatário sobre a dívida em anterior ação de despejo sem a participação do fiador, é legítima a extinção da fiança¹⁵⁵⁵.

Art. 1.514. A multa compensatória/rescisória deve ser reduzida proporcionalmente ao período de inadimplência do contrato¹⁵⁵⁶.

Parágrafo único. Não é cumulável multa moratória com multa compensatória.

Art. 1.515. Nas ações de cobrança de aluguéis incidem juros de mora a partir da citação¹⁵⁵⁷.

Art. 1.516. Na prorrogação do contrato de locação, havendo cláusula expressa de responsabilidade do garante após a prorrogação do contrato, este deverá responder pelas obrigações posteriores, a menos que tenha se exonerado na forma do artigo 1.500 do CCB de 1916 ou artigo 835 do CCB de 2002, razão pela qual não incide a súmula 214 do STJ¹⁵⁵⁸.

Art. 1.517. Se no contrato locatício há previsão das cláusulas penais moratória e compensatória, tendo como origem fatos geradores distintos, é cabível a cobrança de uma delas ou de ambas, observados os fatos que autorizam a pretensão.

Art. 1.518. É inaplicável o CDC nas relações locatícias regidas pela Lei 8.245/91.

SEÇÃO VII DAS AÇÕES FUNDADAS EM CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E DAS AÇÕES DE BUSCA E APREENSÃO

Art. 1.519. Na contestação da ação de busca e apreensão, é possível a discussão de abusividade das cláusulas contratuais¹⁵⁵⁹.

Art. 1.520. A cobrança de encargos abusivos no período da normalidade do contrato afasta a configuração da mora do devedor, cuja comprovação é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente¹⁵⁶⁰.

Art. 1.521. Na conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, o valor da demanda deve ser reduzido ao valor atual do bem, dispensando-se a atualização do débito após a transformação da ação de busca e apreensão em depósito.

Parágrafo único. O credor prosseguirá nos próprios autos com a cobrança da dívida representada pelo equivalente em dinheiro do automóvel financiado, assim entendido o menor entre o seu valor de mercado e o débito apurado¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁵ Artigo 1503, I do CC de 1916 ou artigo 838, I do CC de 2002; Súmula 214 do STJ; STJ – AgRg no AREsp 84.782-SP, julgado em 08 de outubro de 2013.

¹⁵⁵⁶ Artigos 413 do Código Civil; Artigo 4º da Lei de Locações; TJMG APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0400.05.016284-3/002.

¹⁵⁵⁷ Artigos 406 do Código Civil e 219 do Código de Processo Civil; TJMG ED 1.0567.11.001495-6/002; TJMG Apelação-Civil-1.0188.01.002197-3/001.

¹⁵⁵⁸ AgRg no AREsp 150120-MS, julgado em 08 de outubro de 2013.

¹⁵⁵⁹ § 3º, do artigo 3º do Decreto Lei 911/69 e STJ AgRg no REsp 1227455 / MT; REsp 267758 / MG.

¹⁵⁶⁰ Enunciado nº 72 da Súmula do STJ / STJ – AgRg no AREsp 715.974/RN.

¹⁵⁶¹ STJ REsp 972.583/MG.



Art. 1.522. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, na alienação fiduciária, a mora do devedor deve ser comprovada pelo protesto do título ou pela notificação extrajudicial, feita por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, entregue no endereço do domicílio do devedor¹⁵⁶², sendo dispensada a sua notificação pessoal.

§ 1º A notificação extrajudicial realizada e entregue no endereço do devedor, por via postal e com aviso de recebimento, é válida quando realizada por Cartório de Títulos e Documentos de outra Comarca, mesmo que não seja aquele do domicílio do devedor¹⁵⁶³.

§ 2º A notificação extrajudicial, seja porque não está incluída nos atos enumerados no art. 129 da Lei 6.015/73, seja porque não se trata de ato tendente a dar conhecimento a terceiros acerca de sua existência, não está submetido ao disposto no art. 130 do mesmo diploma, aplicando-se, por analogia, o art. 244 do CPC¹⁵⁶⁴.

§ 3º Ainda encontram-se alguns posicionamentos isolados, sob o entendimento de que a realização do ato notarial por cartório situado em comarca diversa daquela que abriga o domicílio do devedor é nula, porquanto lavrado por serventia incompetente, o que impede a constituição em mora do devedor e, por consequência, inviabiliza a ação de busca e apreensão¹⁵⁶⁵.

Art. 1.523. Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/04, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida¹⁵⁶⁶, entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária¹⁵⁶⁷.

Art. 1.524. A capitalização de juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara.

Parágrafo único. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada¹⁵⁶⁸.

Art. 1.525. Os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não sofrem a limitação imposta pelo Decreto nº 22.626/33¹⁵⁶⁹, nos termos do disposto na Súmula 596/STF, de forma que a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% (doze por cento) ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶² AgRg no AREsp 41.319/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/10/2013.

¹⁵⁶³ REsp 1.184.570/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 09/5/2012, DJe de 15/5/2012 – julgado sob o rito do art. 543-C do CPC.

¹⁵⁶⁴ STJ REsp 1.405.884/2013.

¹⁵⁶⁵ STJ – AREsp 214696; RESP 682.399-/CE, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ24/09/2007.

¹⁵⁶⁶ Purgação da mora.

¹⁵⁶⁷ REsp 1.418.593 – MS 2013/0381036-4 – data de julgamento 14/05/2014.

¹⁵⁶⁸ 2ª Seção, REsp 973.827/RS, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012.

¹⁵⁶⁹ Lei de Usura.

¹⁵⁷⁰ Posicionamento confirmado pela Segunda Seção, no julgamento do Resp n. 1.061.530/RS, Rel. MINISTRA NANCY ANDRIGHI, sob o rito do art. 543-C do CPC.

Art. 1.526. É abusiva cláusula contratual que prevê juros remuneratórios muito superiores à média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil.

Art. 1.527. As cláusulas que trazem limitações a direitos devem ser redigidas com destaque e corpo de fonte não inferior a 12 (doze)¹⁵⁷¹.

SEÇÃO VIII DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

Art. 1.528. Firmou-se o entendimento de que pode ser autorizada a cobrança de comissão de permanência, de acordo com o enunciado 294 da Súmula do STJ, mas sem cumulação com correção monetária (enunciado 30 da Súmula do STJ), com juros remuneratórios e moratórios e multa¹⁵⁷².

Art. 1.529. O STJ consolidou entendimento de que a comissão de permanência é formada por três parcelas: a) juros que remuneram o capital emprestado (juros remuneratórios); b) juros que compensam a demora no pagamento (juros moratórios); e c) multa que constitui a sanção pelo inadimplemento.

Parágrafo único. É proibida a cobrança cumulativa da comissão de permanência com encargos remuneratórios e/ou moratórios, para não ocorrer bis in idem, tendo em vista que referidos encargos já compõem a comissão de permanência.

Art. 1.530. Na ausência de previsão contratual para a incidência da comissão de permanência, ou ocorrendo sua exclusão por força do acórdão recorrido, será cabível a cobrança da correção monetária e dos juros remuneratórios durante a mora, nos termos da jurisprudência do STJ, consubstanciada no enunciado 296 da Súmula, devendo o cálculo ser prorrogado até o efetivo pagamento do débito¹⁵⁷³.

SEÇÃO IX DA TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO E DA TARIFA DE CADASTRO

Art. 1.531. A tarifa de abertura de crédito e a tarifa de cadastro são cobranças distintas:

I – a tarifa de abertura de crédito é devida pela concessão de crédito;

II – a tarifa de cadastro remunera o serviço de realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil.

Art. 1.532. A cobrança da tarifa de abertura de crédito e da tarifa de emissão de carnê/boleto é permitida se baseada em contratos celebrados até 30.4.08, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

¹⁵⁷¹ Art. 51, CDC.

¹⁵⁷² 2ª Seção, AgRg no REsp 706.368/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 8.8.2005.

¹⁵⁷³ AgRg no REsp 747.936/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 2.9.2005; e AgRg no REsp 747.729/PR, 3ª Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, unânime, DJe de 3.11.2010.



Art. 1.533. Permanece legítima a estipulação da tarifa de cadastro, não podendo ser cobrada cumulativamente¹⁵⁷⁴.

SEÇÃO X DOS SERVIÇOS DE TERCEIROS

Art. 1.534. A Resolução nº 3.954/11 do Banco Central vedou, expressamente, a cobrança de valores atinentes ao ressarcimento de despesas com serviços prestados por terceiros, de modo que a exigência de tal tarifa se tornou ilegal a partir de 24.02.11.

Parágrafo único. No caso dos contratos firmados entre as partes, anteriormente à Resolução mencionada no caput, reconhece-se a legalidade de sua cobrança, até mesmo quando prévia e expressamente prevista no pacto.

Art. 1.535. O Banco Central autoriza a cobrança de tarifas e encargos por serviços autorizados/solicitados pelo contratante, desde que expressamente previstos no instrumento contratual, estando o contrato assinado dentro do período de vigência da referida resolução, não havendo, portanto, qualquer abusividade.

Art. 1.536. A tarifa cobrada a título de serviços de terceiros figura-se ilegal quando não há, no pacto, expressa informação sobre as razões de sua cobrança e a quem se destinou.

Art. 1.537. É cabível a repetição de indébito, de forma simples, quando verificada a cobrança de encargos ilegais, tendo em vista o princípio que veda o enriquecimento sem causa do credor, independentemente da comprovação do equívoco no pagamento, pois diante da complexidade do contrato em discussão não se pode considerar que o devedor pretendia quitar voluntariamente o débito constituído em desacordo com a legislação aplicável à espécie¹⁵⁷⁵.

CAPÍTULO III DA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E TRIBUNAIS SUPERIORES – CÍVEL – DIREITO PÚBLICO

SEÇÃO I DA ATUAÇÃO NO DIREITO SANITÁRIO

Art. 1.538. As demandas de saúde que envolvem os entes federados têm natureza de direito público.

Art. 1.539. Nas demandas de saúde, sugere-se ao defensor público ajuizar ação de obrigação de fazer, em razão da necessidade, na maioria dos casos, de dilação probatória.

Parágrafo único. Apenas em casos pontuais, de extrema urgência, como os de internação, os tribunais pátrios entendem que o mandado de segurança seria o instrumento processual adequado.

¹⁵⁷⁴ Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011.

¹⁵⁷⁵ Enunciado 322 da Súmula do STJ.

SEÇÃO II DA ATUAÇÃO NA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Art. 1.540. Com o advento da Lei 12.010/09, que afastou os procedimentos verificatórios ou pedidos de providência, para a colocação de criança em família substituta é necessário processo judicial com observância do contraditório e da ampla defesa¹⁵⁷⁶.

§ 1º A colocação em família substituta para fins de adoção exige o cumprimento de todas as medidas determinadas nos incisos e parágrafos do art. 101 do ECA.

§ 2º A inobservância dos trâmites legais acarreta na nulidade do processo, sendo necessário que o defensor público de primeira instância prequestione os dispositivos legais violados.

Art. 1.541. A instrução probatória, notadamente nas questões relativas à destituição de poder familiar, deve ser exaustiva, a fim de que o julgamento benéfico ao assistido ocorra até o segundo grau de jurisdição, já que o ponto fulcral das questões está ligado ao acervo probatório, não questionável nos tribunais superiores ante os impeditivos trazidos pelas súmulas 07 do STJ e 279 do STF.

Parágrafo único. Questão que dificulta a modificação dos julgados nas ações de destituição do poder familiar é o transcurso do tempo quando há colocação da criança em família substituta, já que os tribunais superiores entendem que o decurso de tempo em família substituta inviabiliza o retorno à família biológica em razão do melhor interesse da criança.

SEÇÃO III DA ATUAÇÃO NO DIREITO FAMILIARISTA

Art. 1.542. Comumente, as questões afetas ao Direito das Famílias envolvem análise de provas e estudos realizados pelos serviços de psicologia e assistência social do TJMG, o que torna inviável o questionamento dessas questões perante os tribunais superiores, em razão da orientação consagrada nos enunciados 07 do STJ e 279 do STF da súmula destes tribunais

SEÇÃO IV DA ATUAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Art. 1.543. A constituição definitiva do crédito se dá com o lançamento¹⁵⁷⁷ e este, por sua vez, se efetiva com a notificação do devedor para o pagamento.

§ 1º Nos lançamentos de ofício, o *dies a quo* para iniciar a contagem da prescrição do crédito é o dia do vencimento da dívida não paga.

§ 2º Em regra, os lançamentos de ofício ocorrem no primeiro dia útil do ano seguinte ao fato gerador, e a constituição definitiva do crédito se efetiva com a notificação para o pagamento¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁶ Art. 101, §2º, c/c art. 153, parágrafo único, ambos do ECA.

¹⁵⁷⁷ Art. 142 CTN.

¹⁵⁷⁸ AgRg no AREsp 252186 / MG / AGRAVO3 REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 2012/0233324-8 – DJe 02/06/2014. A constituição definitiva do crédito se efetiva com a notificação do executado/administrado para o pagamento do valor, e não com a inscrição em dívida ativa, de modo que o termo inicial da prescrição ocorre a partir do não pagamento da dívida no prazo estipulado administrativamente.



§ 3º No IPTU e no IPVA o lançamento ocorre, entretanto, no ano corrente do fato gerador e o lançamento, com a constituição definitiva do crédito, ocorre com o envio do carnê para o contribuinte¹⁵⁷⁹.

§ 4º Nos créditos tributários sujeitos à homologação:

I – quando o contribuinte cumpre o dever de declaração da exação devida, ainda que não paga, o prazo prescricional conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada¹⁵⁸⁰;

II – quando o contribuinte não declara o dies a quo do prazo prescricional, a contagem inicia-se na data em que o contribuinte for regulamentemente notificado do lançamento tributário¹⁵⁸¹, ou seja, o dia da notificação do lançamento tributário¹⁵⁸².

Art. 1.544. Nas execuções fiscais, ao realizar a defesa, sugere-se ao defensor público diferenciar a prescrição da pretensão executiva contra os sócios coobrigados da prescrição intercorrente.

§ 1º A prescrição intercorrente ocorre quando, após citação da empresa devedora e findado o prazo da suspensão do processo por 1 (um) ano, transcorrem 5 (cinco) anos sem que a Fazenda consiga efetivar seu crédito.

§ 2º A mera realização de diligências infrutíferas não tem o condão de interromper ou suspender a prescrição intercorrente¹⁵⁸³.

¹⁵⁷⁹ REsp 1111124 / PR / RECURSO ESPECIAL – 2009/0015684-1 – Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) – DJe 04/05/2009 RSSTJ vol. 37 p. 146 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO MEDIANTE ENTREGA DO CARNÊ. LEGITIMIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DEMORA NA CITAÇÃO NÃO IMPUTÁVEL AO EXEQUENTE. SÚMULA 106/STJ. 1. A jurisprudência assentada pelas Turmas integrantes da 1ª Seção é no sentido de que a remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário. 2. Segundo a súmula 106/STJ, aplicável às execuções fiscais, “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.” 3. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

¹⁵⁸⁰ Resp 1.120.295.

¹⁵⁸¹ AgRg nos EDcl no Resp 890161/SE.

¹⁵⁸² Do resultado do PTA.

¹⁵⁸³ REsp 1245730 / MG – Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) – T2 – SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento 10/04/2012 – Data da Publicação/Fonte DJe 23/04/2012 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DILIGÊNCIAS INFRUTÍFERAS. TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL SEM A LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” (Súmula 314/STJ). Dessarte, o art. 40 da Lei de Execução Fiscal deve ser interpretado em harmonia com o disposto no art. 174 do Código Tributário Nacional. 2. O enunciado sumular busca assegurar a estabilização das relações pessoais e princípio da segurança jurídica. Desse modo, a norma do art. 40, caput, e parágrafos da Lei 6.830/80 conduz à prescrição se, ultrapassados cinco anos do arquivamento, não forem encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora. 3. Pretende-se, assim, evitar a prática, não rara, de pedidos de desarquivamento dos autos, próximos ao lustro fatal, para a realização de diligências que frequentemente resultam infrutíferas e seguem acompanhadas de novo pleito de suspensão do curso da execução, tudo com o intuito de afastar a contumácia do ente fazendário. 4. Outrossim, não há como deixar de pronunciar a prescrição intercorrente, nos casos em que não encontrados bens penhoráveis para a satisfação do crédito após o decurso do prazo quinquenal contado do arquivamento. 5. Outra não deve ser a inteligência da norma do art. 40, caput, e parágrafos, da Lei de Execução Fiscal, em obséquio de inarredável círculo vicioso em prol do Poder Público, o qual já ocupa condição de prestígio frente aos particulares nas relações jurídicas. 6. Dentro desse diapasão, mostra-se incensurável o acórdão atacado quando afirma: “a Fazenda Pública não diligenciou com eficiência no sentido de, dentro do prazo que a lei lhe faculta, promover o cumprimento efetivo do crédito tributário, motivo pelo qual o MM. Juiz a quo, visando a não perpetuação do processo e em respeito ao princípio da segurança jurídica, deparando-se com o transcurso de mais de 5 (cinco) anos a contar da data do primeiro arquivamento da execução, extinguiu o processo, nos termos do art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80, com a redação dada pela Lei nº 11.051/04”. 7. Recurso especial não provido.

§ 3º A prescrição na hipótese de redirecionamento da ação contra os sócios é a prescrição propriamente dita, ou seja, a prescrição contra a pretensão executiva¹⁵⁸⁴.

§ 4º O prazo prescricional contra o sócio coobrigado conta-se da citação da devedora principal, por ser fato que interrompeu a contagem do prazo prescricional da pretensão executória.

Art. 1.545. Uma das causas interruptivas da prescrição é o despacho do juiz que determina a citação do executado, conforme dispõe o art. 174, parágrafo único, alínea 'a', do CTN, com redação dada pela LCF 118/05.

§ 1º Para aplicação do disposto no caput, leva-se em consideração a data em que ocorreu o despacho citatório e não a distribuição do processo, por se tratar de norma que rege questão processual, aplicável de imediato¹⁵⁸⁵.

§ 2º Caso o despacho citatório tenha ocorrido antes de entrar em vigor a LCF 118/05, aplicar-se-á a redação antiga do dispositivo, de modo que somente a citação pessoal do executado será capaz de interromper o prazo prescricional.

§ 3º Caso o despacho citatório ocorra após a entrada em vigor da LCF 118/05, aplicar-se-á a nova redação, de modo que o referido despacho, por si só interromperá o prazo prescricional.

SEÇÃO V DO DIREITO CÍVEL COM NATUREZA PÚBLICA

Art. 1.546. Nas ações de indenização contra a Administração Pública em litisconsórcio passivo com servidor público, sugere-se ao defensor público alegar em contestação a ilegitimidade passiva do servidor.

Parágrafo único. A ilegitimidade aludida no caput decorre da incompatibilidade da responsabilidade subjetiva do servidor com a responsabilidade objetiva da Administração Pública,

¹⁵⁸⁴ AgRg no AREsp 88249 / SP - Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) - T2 - SEGUNDA TURMA - Dje 15/05/2012/ TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO DA EMPRESA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AOS SÓCIOS. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. Firmou-se na Primeira Seção desta Corte entendimento no sentido de que, ainda que a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Agravo regimental improvido.

¹⁵⁸⁵ REsp 999901 / RS / RECURSO ESPECIAL 2007/0251650-1 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUÇÃO. PRECEDENTES. 1. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Eg. STJ. 2. O artigo 40 da Lei nº 6.830/80, consoante entendimento originário das Turmas de Direito Público, não podia se sobrepor ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código. 3. A mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado, sob o enfoque supra, não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN. 4. O processo, quando paralisado por mais de 5 (cinco) anos, impunha o reconhecimento da prescrição, quando houvesse pedido da parte ou de curador especial, que atuava em juízo como patrono sui generis do réu revel citado por edital. 5. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006). 6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.



por ser o art. 37 da CRFB/88 garantia também para o servidor público e não somente ao administrado¹⁵⁸⁶.

Art. 1.547. Nas ações em que se pleiteia a reintegração de posse contra o assistido, sugere-se ao defensor público pleitear a retenção do imóvel até que ocorra o pagamento da indenização pelas benfeitorias realizadas.

Parágrafo único. Nas ações de resolução contratual cumuladas com reintegração de posse, sugere-se ao defensor público pleitear a restituição de percentual das parcelas já pagas¹⁵⁸⁷.

Art. 1.548. Nas ações em que a CEMIG pleiteia a reintegração de posse de imóvel construído em terreno com passagem de linha de alta tensão, sugere-se ao defensor público demonstrar que a construção é antiga e que a própria concessionária fornecia energia elétrica regularmente, a fim de afastar a alegação de ameaça a segurança¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁶ RE 634790 proposto pela DPMG que confirmou a ilegitimidade Passiva do Servidor para figurar em ações de responsabilidade civil fundamentadas no art. 37, §6º da CR / RE 327.904: "O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular."

¹⁵⁸⁷ Julgamento do Ag no Resp 1.381.699 que garantiu à assistida da Defensoria Pública o recebimento de parte das parcelas pagas na compra de imóvel financiado pela COHAB. Entendeu-se que o direito à restituição e decorrência do desfazimento do negócio jurídico, não necessitando de alegação da matéria em reconvenção / AGRAVO DE INSTRUMENTO – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL – NÃO-OCORRÊNCIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – NULIDADE DO PROCESSO – NÃO-OCORRÊNCIA – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – RESCISÃO – DEVOLUÇÃO DE PARTE DOS VALORES PAGOS – RECONVENÇÃO – DESNECESSIDADE – DECORRÊNCIA LÓGICA DO DESFAZIMENTO DO CONTRATO – ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (ART. 544, § 3º, DO CPC). DECISÃO (...) Por fim, os elementos existentes nos autos dão conta de que a Corte a quo entendeu que seria inadmissível a devolução de parte das parcelas pagas pela ora recorrente sob o argumento de que não houve apresentação de reconvenção pleiteando a restituição dos valores. No entanto, este Tribunal Superior já firmou entendimento de que o desfazimento do compromisso de compra e venda implica, automaticamente, no ressarcimento das parcelas pagas, devendo apenas ser deduzida uma parte do valor em favor da alienante para ressarcir-se das despesas administrativas.

¹⁵⁸⁸ Apelação Cível 1.0145.08.489314-1/001 – TJMG.

O conteúdo deste livro (696 páginas + capa)
foi composto em fontes Calibri (títulos e cabeçalhos) e
Cambria (textos mais longos) nas suas variações *light* ou regular,
itálico, **negrito** e **negrito itálico** em cor cinza e
suas escalas (miolo)





**CORREGEDORIA-GERAL
DPMG**

**MANUAL DE ATUAÇÃO
FUNCIONAL DOS DEFENSORES
PÚBLICOS DE MINAS GERAIS**

COORDENAÇÃO

Ricardo Sales Cordeiro

ORGANIZAÇÃO

Marcelo Paes Ferreira da Silva

PROJETO GRÁFICO

Lúcia Helena de Assis (Ascom/DPMG)

CAPA (CRIAÇÃO):

Ludmilla Santos Rabelo (estagiária)

DIAGRAMAÇÃO:

Lúcia Helena de Assis

Rafael Cunha Pinto (estagiário)

MAIO 2016

@ todos os direitos reservados.

